

RODRIGO GARCIA CADORE

DIREITO, CONSTITUIÇÃO E REDE: PERPLEXIDADES

CURITIBA
2007
RODRIGO GARCIA CADORE

DIREITO, CONSTITUIÇÃO E REDE

Monografia apresentada ao Núcleo de Monografias como requisito parcial à conclusão do Curso de Direito. Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève

CURITIBA
2007

TERMO DE APROVAÇÃO

RODRIGO GARCIA CADORE

O DIREITO E OS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS: A UNIÃO ESTÁVEL

Monografia de conclusão de curso aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel no Curso de Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève
Departamento de Direito Público, UFPR

Prof. Dr. José _____
Departamento de _____

Prof. Dr. _____
Departamento de _____

Curitiba, 18 de outubro de 2007.

Para Alessandra Ferreira Martins, aqui e acolá, pelo despertar da consciência de finitude, da radical consciência de que a vida é isso mesmo, um pisca-pisca.

A vida, Senhor Visconde, é um pisca-pisca. A gente nasce, isto é, começa a piscar. Quem para de piscar, chegou ao fim, morreu. Piscar é abrir e fechar os olhos - viver é isso. É um dorme e acorda, dorme e acorda, até que dorme e não acorda mais.

[...] A vida das gentes neste mundo, senhor sabugo, é isso. Um rosário de piscados. Cada pisco é um dia. Pisca e mama; pisca e brinca; pisca e estuda; pisca e ama; pisca e cria filhos; pisca e geme os reumatismos; por fim pisca pela última vez e morre.

- E depois que morre? - perguntou o Visconde.

- Depois que morre, vira hipótese. É ou não é?

(Monteiro Lobato)

Gratidão, sobretudo, aos meus pais, Maria Helena Garcia Cadore e Sérgio Cadore, e à minha sempre pequena irmã, Jéssica: *eu sou o que vocês são*.

Muitos são aqueles que, ainda que não saibam, figuram na *calçada da fama* de meus agradecimentos: amigos junto de quem se gira a *roda viva do cotidiano*.

Agradeço ao Thiago *Porpeta*, cabeça de homem, mas um coração de menino, parceiro nessa infindável *ultrapassagem*.

Também assim, agradeço à Velha Pazella, por conta da camaradagem e, inclusive, do caderno que formou uma turma.

Aos *brothers*, Léo Chapéu, Lucas Maron, Marcos Dalledone (Boné) e Ricardo Bonatto, que fizeram da faculdade, a Morada da Águia, um lugar de que se vai sentir saudades.

Ao Marcos Carioca, que me ensinou, desde o lugar da humildade, o valor em *ler aqueles que não são lidos*.

Agradecimento indispensável dirige-se ao Professor Clèmerson Merlin Clève, que escolhi para ser meu orientador.

Ao Professor Sérgio Seleme, pelas impactantes verdades desferidas; ao Professor Celso Luiz Ludwig, aquele que ratificou em minha mente a riqueza filosófica do direito constitucional; ao Professor Abili Lázaro Castro de Lima, por aconselhar a postura de *pensador a caminho*, que tenho procurado trilhar e ao Professor Sérgio Cruz Arenhardt, pela juventude que encoraja.

À incomparável e inesquecível dupla Seu Ari & Val, nome composto de turma.

E, finalmente, meu muitíssimo obrigado ao inultrapassável Osvaldo de Castro, *sujeito alumbrado e um cão sem coleiras*.

SUMÁRIO

| | |
|---|------------|
| INTRODUÇÃO : dialética sem síntese..... | 01 |
| PARTE I: DIREITO..... | 04 |
| 1. Tentativa de fenomenologia do direito | 04 |
| 2. Direito em realização e direito realizado: o direito é maior que as materializadas soluções jurisdicionais..... | 15 |
| 3. Da cientificidade possível e da inviabilidade metódica..... | 21 |
| 4. Interpretação e decisão jurídicas..... | 28 |
| PARTE II: CONSTITUIÇÃO..... | 44 |
| 1. Desvelando mitos: daquilo que é consubstante em uma constituição. | 44 |
| 2. Do constitucionalismo ao auto-designado <i>neoconstitucionalismo</i> : percepções e deficiências..... | 55 |
| 3. Vivência constitucional: mutabilidade e realização..... | 75 |
| PARTE III: REDE..... | 85 |
| 1. Entre sistema e pensamento sistemático..... | 85 |
| 2. Do fascínio ao estremecer da pirâmide..... | 97 |
| 3. Direito e(m) rede?..... | 117 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 135 |

“Tudo quebrou o primitivo invólucro poético; só o direito não quer sair da sua casca mitológica.”
(Tobias Barreto)

INTRODUÇÃO: dialética sem síntese

“*Das Recht ist etwas Heiliges*”

(HEGEL)

Direito é fenômeno *ultrapassante*. Algo em que se está imerso, mas que, paradoxalmente, é, em grande medida, desconhecido. Dificilmente a ele os homens se familiarizam quando não são a ele apresentados, ou melhor, nele iniciados, em oposição ao que se passa com relação aos pais e irmãos, a quem jamais solenemente se fez apresentar e, ainda assim, a quem se identifica prontamente. Com o direito não é assim que as gentes se relacionam e, em que pese não se conheça registro de experiência humana ajurídica, o fenômeno jurídico, em sua implacável inapreensibilidade, causa ao *homo juridicus* estranhamento: talvez a mais radicalmente humana de todas as experiências guarda em si algo de sagrado, enigmaticamente indefinível àqueles que habitam entre céu e terra.

Eis o duplo espanto do direito, sua dupla perplexidade. Acontecer que é constante ultrapassagem, gera atonicidade, provocando naquele que se imagina criado à imagem e semelhança das divindades estados de irresolução, que em direito não são bem-vindos, vez que constructo de homens e para homens, cuja finitude da vida faz interpelar o grito pela inevitabilidade de uma decisão: não se está autorizado a não decidir. Perplexifica, portanto, o não-saber constrangido pela fatalidade de um *sentire*. Ainda que se desconheça, é vedado não pronunciar. Só assim o direito se realiza e nessa realização ininterrupta faz estacar os homens que noutras áreas ousaram proclamar estarem a um passo de desvendar os pensamentos de Deus.¹

A imemorialidade do direito contrasta com a sua sempre chocante novidade, que aos homens ou causa medo ou maravilha.² É experiência de vida que não se deixa em seus meandros conhecer e que se faz infensa ao definir, ato de impostura de limites. Entretanto, talvez num ímpeto de ingênua coragem, ensaia-se, aqui, desafiá-lo num tentar desfiar a sua essencialidade, com isenção, entretanto, de qualquer pretensa exaustividade ou mesmo originalidade de pensamentos, embora, numa atitude que se reputa como imprescindível à crítica, imagine-se estar-se a ousar dizer cousas que, não

¹ “(...) to know the mind of GOD”. HAWKING, Stephen. *A brief history of time*. From the Big Bang to Black Holes. Toronto, 1988, p. 175.

² “lo verdaderamente nuevo da miedo o maravilla”. CORTÁZAR, Julio. *Qué tal, López*. CORTÁZAR, Julio. *Qué tal, López*. IN: CORTÁZAR. *Historias de cronopios y de famas*. 1 reimp. Buenos Aires: Suma de Letras, 2004, p. 89.

obstante por muitos percebido, permaneceu até aqui silenciado.³ Trata-se não de apreender o direito, que sequer se aprende estudando-se o Direito dos juristas. O fenômeno jurídico está lá fora e nessas páginas convida-se o a ingressar, deixando-se-o vivazmente pulsar.

Assume-se aqui uma postura intelectual que se quer realista, à medida que se pretende consciente da inexorabilidade da mudança e do movimento, num desvelar da imperfeição do direito ante os delírios racionalistas, intentando-se trazer a nudo a vivência jurídica na sua inabarcável complexidade, cravejada por irracionalismos e inexplicabilidades. Não pode se sustentar uma teoria jurídica descompassada da prática do direito, que se engasta num grau de perfectibilidade situado muito aquém das elocubrações academicistas que dele têm se ocupado. Construções teóricas que desatentem à irracionalidade convivente com as pretensões de retidão, em constante tensão a marcar o acontecer da juridicidade, equivalem-se aos modelos físicos que sugerem aos beócios que se calcule desprezando o atrito ou a resistência do ar, isto é, fazem-se rigorosamente inúteis.

As páginas que se seguem são fruto da vida, do *cursus* de um tempo em que cinco vezes doze meses se passaram, cujo grande ensinamento parece ter sido o tintilar de uma outrora rechaçada *ataraxia*, da dúvida cética que se contrapõe àquela metódica na sugestão de suspensão das certezas que permita criar temporário vazio de pensamento, numa cabal assunção da não racionalidade que autoriza a declarar em letras garrafais o *NÃO SEI*.

Escrever é barbárie contra vivas lobrigações e pensamentos. Impõe a pausa, o parar para contar. Em ciência, entretanto, é atentado cujo cometimento se faz necessário e é em atenção a isso que se coloca o adiante verborrágico palavrório, em que não se encontrarão definitividades conclusivas,⁴ mas tão-somente um esboço de sínteses vivas, alcançáveis em pensar não totalizante e que inalcançam a vivacidade toda do direito, que fatalmente as ultrapassa. Ainda que não se saiba, é-se, aqui, compelido a decidir: a decidir por escrever, com todas as conseqüências que daí se irradiam.

³ “Bem sei que non hai nada novo embaixo do ceo, que antes outros pensaron as cousas que ora eu penso. E ben, para que escribo? E ben, porque así semos, relox que repetimos eternamente o mesmo”. CASTRO, Rosalía de. Vaguedás. 2. In: CASTRO, Rosalía de. *Follas novas*.

⁴ A *um*, porque duvida-se da possibilidade de tais sínteses e, a *dois*, porque “Não se deve nunca esgotar de tal modo um assunto, que não se deixe ao leitor nada a fazer. Não se trata de fazer ler, mas de fazer pensar.” MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *Do espírito das leis*. Livro XI, Capítulo XX.

São palavras acesas que, se espera, não queimam em vão.⁵

⁵ “Não vejo outra saída (...) além de alguns de nós nos aventurarmos a embarcar numa síntese de fatos e teorias, ainda que munidos de conhecimento incompleto e de segunda mão sobre alguns deles, e sob o risco de parecermos tolos.” SCHRÖDINGER, Erwin. *O que é vida?* Tradução de Jesusa de Paula Assis e Vera Yukie Kuwajima de Paula Assis. São Paulo: Unesp, 1997, p. 15.

PARTE I - DIREITO

1. Tentativa de uma *fenomenologia* do direito

O direito aflora na teia social como fenômeno inerente à própria sociabilidade humana⁶, interpenetrando-se, em seu acontecer, com outros fenômenos e com eles interagindo sem que se possa compartimentar de forma estanque as diferentes dimensões da realidade que lhe fornece o substrato e sobre a qual há de incidir. Em que pese a multisetorialidade da teia social, reticularmente organizada, possível é identificar no direito aquilo que lhe confere singularidade, conformando seu modo de ser próprio e tornando-o distinto dos demais fenômenos que com ele se entrecruzam.

Nesse sentido, discorrer-se-á, sob a epígrafe *de fenomenologia do direito*, acerca daquilo que se acredita ser a *essência*⁷ do fenômeno jurídico, entendida essa como elemento que o constitui desde sempre e em todas as suas configurações históricas, exatamente por ser aquilo que fundamenta sua razão de existir e que, por isso mesmo, irá individualizá-lo com relação aos demais fenômenos sociais, como as diretrizes de trato social, a moral e a religião, por exemplo.

Propõe-se, nuclearmente, uma leitura radicada em três constatações fundamentais, quais sejam, a de que o que confere a veste da juridicidade ao direito, emprestando-lhe fisionomia inconfundível, não é outra coisa que não a *obrigatoriedade da decisão jurídica*; a de que, historicamente, o direito é marcado (a ferro) pela

⁶ Inerência essa expressa na parêmia latina *ubi societas, ibi ius*. Assume-se aqui o direito como constitutivo das incontáveis experiências humanas de sociabilidade. Embora não se tenha registros da primeira adjudicação, não se saiba com exatidão qual o primeiro monumento legislativo e, por conta de sua própria natureza, não se possua uma listagem dos primeiros costumes, o que impede a identificação do nascimento do direito, pode-se afirmar a sua imemorialidade, à medida que não se conhecem relatos de uma experiência ajurídica: onde houver uma comunidade humana, por certo haverá conflitos e, inevitavelmente, se colocará o homem diante do problema de dissuadi-los. Eis a razão de ser do direito. Não existe a história do direito, tão-somente a história e ela é jurídica. Não obstante, há teses várias pressagiando uma sua ultrapassagem (*dépassement*), acreditando-se rumar a espécie humana para o atingimento de um grau evolutivo ótimo em que se dispensaria tanto a regulação das condutas como a resolução dos conflitos. Assim, podem-se apontar os anarquistas, como Proudhon; os existencialistas, na linha de Sartre; os adeptos das utopias cientificistas, tal qual Huxley, bem como a cosmogênese de Teilhard de Chardin. Interessante assinalar que os anarquistas, como por exemplo os juizes franceses do Syndicat de la Magistrature, fundado no ano 1968, ao advogarem pela abolição do direito bradavam pela morte dos juizes. A respeito dessa ultrapassagem do direito pelos homens, que dele não mais necessitariam, consultar: CASTANHEIRA NEVES. O papel do jurista no seu tempo. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*. Vol. XLIV, 1968, pp. 83-142 e *Le dépassement du droit. Archives de philosophie du droit*. Paris: Sirey, 1963.

⁷ Não se está aqui a buscar um enquadramento paradigmático na história da filosofia, à esteira da leitura de Jürgen Habermas, que se propõe a “aplicar à história da filosofia o conceito de *paradigma*, oriundo da história da ciência, e dividir as épocas históricas com o auxílio de *ser, consciência e linguagem*.” HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico*. Brasília: Tempo brasileiro, 1990, p. 21-22.

contingência e, finalmente, a de que o direito se faz no tempo, condicionando-se, em sua aquilatação final, pela historicidade de cada momento.

Assumindo-se isso, o que irá distinguir o direito dos demais fenômenos sociais de índole normativa não será a *imperatividade*, como pretensão do direito em ser efetivado mediante o cumprimento de suas proposições, ou o seu caráter de *necessidade*, vez que imprescindível a qualquer agrupamento humano, e tampouco serão a *heteronomia* e a *exterioridade*, a significar que o direito emana de fonte outra que não a consciência do sujeito e que ao direito são irrelevantes as intenções não traduzidas em atos, bem como as motivações não externalizadas. Com maior ou menor esforço, todas essas caracterizações podem ser reenviadas, sem prejuízo à verossimilhança, aos demais fenômenos sociais ditos normativos, de modo que se se quiser que o direito seja particularizado tão-só pelas idéias de *imperatividade*, *necessidade*, *heteronomia*, *exterioridade*, então poder-se-ia pensar as diretrizes de trato social, a moral, a religião e o direito como um só bloco compacto e indistinto: o da *normatividade*.⁸

Com efeito, igualmente não será a coercibilidade, enquanto qualidade daquilo que é suscetível de aplicação coercitiva, mediante sanção amparada pela força, o atributo distintivo do direito. Também nas dimensões da moral, da religião e do trato social há sanções correlacionadas aos comportamentos tidos como desviantes, as quais não serão apenas de ordem intra-individual. Basta pensar nas represálias sociais impostas pelos diferentes grupos humanos àqueles que descumprem os ditames morais, religiosos e de convivência social, como por exemplo, a segregação, bem como outras formas de rechaço, não raro feitas valer mediante o recurso à força,⁹ como nas hipóteses de linchamento.

⁸ “É preciso primeiro fazer uma distinção: uma coisa é o direito, o direito *próprio et stricto sensu*, e outra coisa totalmente diferente são as normatividades. Todas as sociedades (comunidades, repúblicas, formações sociais, etc., segundo as terminologias), nas suas variantes no espaço e no tempo, têm normas para regular as suas existências colectivas. Estas normatividades, nos casos em que o direito não se afirma de forma autónoma (quando não ocorreu o *ius redigere in artem*, quando não se operou o corte epistemológico propiciador do nascimento do direito como entidade *a se*), têm tendência a misturar-se, num sincretismo epistemologicamente confuso, no qual, logicamente, alguns aspectos jurídicos não se encontrarão contudo ausentes. Porque é preciso sempre decidir, de forma ou outra, por uma narrativa mítica ou por outra (mesmo se às vezes o mito se metamorfoseia ou se mascara em razão) as questões que, nas sociedades de direito autónomo (onde há o famoso *Isolierung* referido pela literatura jurídica alemã), são resolvidas pelas instâncias jurídicas autênticas.” CUNHA, Paulo Ferreira da. *Memória, método e direito*. Iniciação à metodologia jurídica. Coimbra: Almedina, 2004, p.21.

⁹ Outrossim, historicamente, não há que se olvidar a utilização de Tribunais Eclesiásticos e mesmo dos Tribunais da Inquisição pela Igreja Católica para fazer valer suas diretivas, numa atuação respaldada pela *Constitutio Excomuniamus*, de 1231, do Papa Gregório XI.

Ademais, não se poderá buscar no caráter institucionalizado das sanções jurídicas o qualificador da juridicidade do direito,¹⁰ afirmando-se serem difusas as sanções integrantes das demais manifestações normativas da teia social, bem como não se poderá avistar na força a essência do direito.¹¹ Com propriedade, se se tomar o conceito de instituição social, ver-se-á que é possível afirmar serem institucionalizadas também as sanções correlacionadas à moral, à religião e ao trato social, vez que também aí há imposições de condutas e de conseqüências às inobservâncias, pelos diferentes grupos sociais, de modo que as sanções morais, religiosas e de trato social também se revestem de *objetividade, coercibilidade, exterioridade, autoridade moral e historicidade*, características comuns às diferentes instituições sociais.¹²

Enquanto os outros fenômenos normativos se desencadeiam independentemente de qualquer encargo decisório atribuído a terceiro compelido a decidir, não se podendo falar em uma inevitável avaliação da moralidade das condutas humanas por qualquer espécie de instância moralizante, por exemplo, o direito requer um grau normativo a mais, somente se fazendo valer, em sua plenitude, mediante a intervenção compulsória de um julgador. Significa dizer que a realização integral do direito se faz mediar pela decisão jurídica, concretizando-se nela mesma. Entretanto, ainda que o *vínculo juridicamente* conformado somente se consubstancie na decisão jurídica, fazendo-se dependente, portanto, a coação de um aparato organizado que irá implementá-la, não se pode procurar o distintivo do direito em um seu resultado, isto é, no momento exato de sua realização, que é a confecção da norma de decisão vinculante. Assim procederam os chamados *realistas ingênuos*, que pretenderam identificar o direito nas decisões judiciais, descuidando para aquilo que é condição *sine qua non* da realização jurídica plena: o postulado da obrigatoriedade da decisão. A coação externa *jurídica* somente pode ter lugar quando autorizada pela instância julgadora em decisão

¹⁰ Assim, por exemplo, Norberto Bobbio identifica nos atributos da sanção jurídica, os elementos capazes de distinguir as “normas jurídicas” das demais normas sociais. “Normas jurídicas são aquelas cuja execução é garantida por uma sanção externa e institucionalizada.” *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista. Bauru: Edipro, 2003, p. 160. A partir dessa noção de norma jurídica, irá o mesmo autor definir o direito como “ordenamento normativo dotado de eficácia reforçada”. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10 ed. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editor UnB, 1999, pp. 27-31.

¹¹ Eis o que parece fazer Hans Kelsen, ao afirmar, na sua Teoria geral do direito e do estado, que se não se compreender o direito como uma ordem coativa, tem-se perdida a possibilidade de diferenciá-lo dos demais fenômenos sociais.

¹² Instituição social é “uma programação da conduta individual imposta pela sociedade.” BERGER, Peter L. e BERGER, Brigitte. O que é uma instituição social? In: FORACCHI, M. M. E Martins, J. S. *Sociologia e Sociedade (leituras de introdução à Sociologia)*. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos, 1997, p. 101. Para um detalhamento acerca das características de uma instituição social, acima apontadas, consultar a mesma obra, pp. 194-199.

ao cabo de processo cujo deslinde há de necessariamente culminar em resolução jurídica da demanda ajuizada, apresentando-se a vedação do *non liquet* como viabilizadora da realização do direito na sua plenitude.

Com efeito, a essência coloca-se à evidência quando se atenta para a razão de ser do fenômeno jurídico, qual seja, a resolução dos conflitos resultantes da vida em sociedade,¹³ vez que se existe o direito para colocar termo, ainda que desde uma perspectiva formal, aos atritos sociais, não poderia ele conviver com a possibilidade de os casos trazidos ao juízo serem denegados, isto é, deixarem de ser apreciados e solucionados. Desde essa percepção, identifica-se na *obligatoriedade da decisão jurídica* a essência da juridicidade, elemento capaz de distinguir o direito dos restantes fenômenos sociais.¹⁴

Avista-se no caráter de inevitabilidade da decisão jurídica a essência do direito à medida que se retirando dele o caráter compulsório daquela, destitui-se-o de sua juridicidade, o que significa dizer que o direito deixa de ser direito, ou seja, que o direito não pode continuar sendo direito se se elimina o postulado da *obligatoriedade da decisão jurídica*, à medida que se as questões a reivindicar tutela jurídica puderem não ser resolvidas, denega-se a própria razão de ser do direito, que é a decidibilidade dos conflitos.

Destarte, o direito se constitui, desde tempos imemoriais e em todos os lugares, a partir da *obligatoriedade da decisão jurídica*¹⁵ e de outras variáveis, todas *contingentes*, porque cambiantes no curso da história, pelo que jamais se poderá descuidar da dimensão da *temporalidade* do direito, que lhe é inerente. Aliás, cumpre salientar nesse ponto que esses três elementos integram a essência da juridicidade: a indefectibilidade da decisão jurídica, a contingência do direito e a temporalidade do fenômeno jurídico, de modo que afora o dever de decidir, a única constância que há em direito é, ainda que paradoxalmente, a sua incansável mutabilidade.

¹³ O direito “dirige-se em última análise à solução dos casos concretos”. ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito. Introdução e teoria geral*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 5.

¹⁴ “La vida reclama una solución a toda cuestión de derecho que emerge de la misma, y el juez está obligado (cuando la cuestión le esta sometida) a dar la solución, a pronunciar el derecho”. ENNECERUS, Ludwig. *Derecho Civil: Parte general*. 13 ed. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1951, p. 210.

¹⁵ “La necesidad lógica de juzgar en que se encuentra el juez se comprueba en su necesidad, advirtiendo que la situación es la misma si la ley dijera lo contrario (...) La necesidad de juzgar en que se encuentra el juez deriva (...) de la estructura lógica del deber ser (...) no es fruto de nuestro albedrío ni del albedrío del Legislador, sino pertenece al Derecho... por ser Derecho y no por ninguna otra razón”. Cossio, Carlos. *La plenitud del ordenamiento jurídico*. 2ª edición. Buenos Aires: Losada, 1947. p. 156-157.

Deveras, não se conhece nenhuma manifestação histórica de direito, enquanto fenómeno decisório, em que tenha se feito ausente a obrigatoriedade da decisão jurídica, isto é, em que se admitisse a possibilidade de os casos trazidos a juízo restarem sem resposta. É mesmo da essência do direito não poder conviver com o *non liquet*, de modo que os encarregados da função de julgar hão de desempenhá-la como um dever, não estando habilitados a, em hipótese alguma, absterem-se de decidir, isto é, de prolatar uma decisão.¹⁶

Mesmo nos primórdios da organização social, lá onde havia direito não se fazia omitir a obrigatoriedade da decisão, vez que sempre houve mecanismos estruturados, ainda que de forma variável, para a resolução de conflitos, de modo que, sem ingressar aqui no mérito acerca da anterioridade cronológica da jurisdição com relação às demais atividades estatais, mesmo nas formações sociais mais antigas havia os encarregados da resolução de litígios, aos quais incumbia o dever de atuar como árbitros, cuidando da aplicação das regras de conduta social.¹⁷

Tampouco no direito romano, ao contrário do que uma leitura apressada das fontes poderia levar a inferir, poderia o magistrado recusar-se a pronunciar-se acerca de seu sentir sobre o caso. Ainda que no direito clássico, no curso do procedimento formulário, seccionado nas fases *in iure* e *in iudicio*, fosse dada ao *iudex privatus* a faculdade de declarar que o assunto não estava suficientemente esclarecido e de se eximir, assim, de pronunciar ele mesmo a decisão do caso, tal peculiaridade não permite afirmar que fosse admitida ali, naquela configuração jurídica, a existência de questões jurídicas que, porque de difícil resolução, poderiam permanecer insolúveis. Operava-se tão somente uma espécie de transmissão do juízo, sendo chamado ao caso outro juiz, para que prolataste a decisão.¹⁸

¹⁶ “(...) nem o jurista, nem o juiz, nem a autoridade administrativa, podem deixar qualquer conflito sem solução.” RAÓ, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 4 ed. São Paulo: RT, 1997, p. 496.

¹⁷ “Deve desde logo excluir-se que no princípio tenha havido só justiça privada. (...) Supõe-se que sempre houve um poder supremo na sociedade. (...) A justiça privada é incompatível com as condições da sociedade primitiva. (...) É de supor que a extrema coesão imposta às comunidades primitivas para poderem subsistir as levasse a reagir às manifestações de indisciplina social (...)” ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito*. Introdução e teoria geral, pp. 84-85.

¹⁸ Nesse sentido: “Se o juiz não chegar a uma decisão, por não ver clara a situação de facto ou de direito, pode jurar ‘não estar esclarecido sobre o caso’ (*rem sibi non liquere*); então nomeia-se outro juiz.” KASER, Max. *Direito Privado Romano*. Tradução de Maria Armanda de Saint-Maurice. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian: Lisboa, 1999, p. 457. Também assim: “Sin embargo, cuando el juez único hacía semejante declaración, o, en otros términos, cuando no se decidía ni por la pena ni por la absolución, era reemplazado, siendo éste uno de los casos de transmisiones del juicio (*translatio iudicii*).” BONFANTE, Pietro. *Historia del Derecho Romano*. V. I. Tradução para o espanhol de Jose Santa Cruz Teijeiro. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1944, p. 581. “Tout y manifeste l’initiative des parties, tout y tend à ne laisser à l’autorité l’initiative des parties, tout y tend à ne laisser à l’autorité

Outrossim, se se quiser uma comprovação documental da inadmissibilidade do *non liquet* na conformação jurídica romana, basta atentar para a existência de dispositivos expressos determinando aos julgadores que recorressem à analogia e aos costumes, nas hipóteses de ambigüidade¹⁹, de modo que, ao contrário da recorrente afirmação de que conviviam o direito romano com a possibilidade do *non liquet*, não havia naquele direito questões indecidíveis. Ainda que inexistissem, de forma positivada tais diretivas, suficiente seria atentar para o caráter preponderantemente casuístico do direito romano, isto é, de um direito que se produzia e realizava na vida, na resolução dos casos trazidos ao juízo, para se descartar de pronto a possibilidade de que ali fosse desprezada a obrigatoriedade da decisão jurídica.

Afastada a objeção que de pronto se afiguraria a mente de um contestador, fautor das teses tradicionais, arraigadas no imaginário dos juristas, consistente na menção do exemplo histórico do direito romano, tomar-se-á aqui como hipótese essa que deriva de constatação, a de que o direito se singulariza na trama social pela *inevitabilidade da decisão jurídica*, de modo que há de se acatar, na confecção de quaisquer modelos teóricos, essa peculiaridade que se revela, desde o real, com evidência quase ofuscante: a juridicidade do direito reside especificamente na necessária

judiciaire proprement dit qu'un rôle des plus effacés, et le caractère fondamental du procès est, à mes yeux, le plus solide argument de ceux qui estiment que le magistrat n'avait pas le droit, au temps des Actions de la Loi, de refuser une voie de droit legalment ouverte à un justiciable." LÉVI-BRUHL, Henry. *La denegatio actionis sous la procédure formulaire*. Lille, 1924, p. 71. Com efeito, inexistam questões indecidíveis, jamais tendo podido uma demanda ajuizada restar sem solução jurídica. Entretanto, como na fase das *Leges Actiones* havia a possibilidade de o erro judicial, em determinadas hipóteses, ser sancionado de forma grave, parece natural que houvessem mecanismos de "transmissão do juízo", admitindo-se ao juiz proferir o *non liquet*: como que deixando a questão em branco, sem marcar "verdadeiro ou falso". Havia mesmo uma ação "com a qual se podia exigir responsabilidade, ainda que o juiz agisse dentro dos limites próprios de seu *officium*, mas que houvesse produzido algum prejuízo aos litigantes. Esta ação, que nem sequer tem uma denominação concreta, já que é conhecida pela expressão **actio si iudex litem suam facerit** (ação se o juiz fizesse a sua lide), podia usar-se contra o juiz que assim procedesse, ou seja, que fizesse o seu litígio. (...) É natural que, ante tal responsabilidade, a ponto de ser possível o exercício da referida ação, bastando o mero dano objetivo e não intencional, era necessário que houvesse como contrapartida uma justa saída para os juízes que temessem causar uma lesão e, conseqüentemente, responder. Por isto se permitia ao juiz, sempre que o caso não parecesse suficientemente claro, abster-se do julgamento do mesmo, jurando simplesmente tal circunstância: **iurare sibi non liquere** (jurar que não lhe estava claro)." SURGIK, Aloísio. *Lineamentos do processo civil romano*. Curitiba: Livro é cultura, 1990, pp. 22-23.

¹⁹ "Non possunt omnes articuli singillatim aut legibus a ut senatus-consulti comprehendendi: sed cum in aliqua cause sententia eorum manifesta est, is, qui jurisdictioni praeest, **ad similia procedere**, atque ita jus dicere debet" (**lib. 1, Tit. 3, L. 12 de Legibus**). **Dig.1.3.37** Paulus libro primo quaestionum Si de interpretatione legis quaeratur, in primis inspiciendum est, quo iure civitas retro in eiusmodi casibus usa fuisset: optima enim est legum **interpretes consuetudo**. **Dig.1.3.38** Callistratus libro primo quaestionum Nam imperator noster Severus rescripsit in **ambiguitatibus** quae ex legibus proficiscuntur consuetudinem aut rerum perpetuo similiter iudicatarum auctoritatem vim legis optinere debere." (grifou-se)

*intervenção de um terceiro*²⁰ para a resolução de conflitos aflorados no desenrolar da vida humana em sociedade. É importante que se assente isso desde já, ou seja, que não se trata de pensar que o direito é o que faz surgir uma intervenção de um terceiro, mais precisamente uma intervenção de índole arbitral, mas sim de perceber que é essa intervenção de um terceiro que faz emergir o direito na sua especificidade e, mais, na sua plenitude.

Compreensível a perplexidade que possa causar a interpretação do fenômeno jurídico que se está sugerindo. Com efeito, a ciência jurídica está habituada a, equivocadamente, adotar a positividade como referencial para se avaliar o que é ou não jurídico. Em verdade, esse é equívoco generalizado, de modo que mesmo os antropólogos têm nele incorrido. De fato, fora a assimilação entre direito e positividade que conduziu Paul BOHANNAN, em relatório conclusivo acerca de seus estudos de campo na África, em que observara e convivera com os *Tiv*, a titubear na utilização da palavra direito na escolha do título de sua publicação que viera à luz sob a alcunha de *Justice and judgment among the Tiv* (!).²¹ Mesmo um antropólogo daquela envergadura não pudera perceber a sutileza de que aquilo que tinha diante de si, embora não houvesse leis ou documentos normativos e inexistisse estado, era o direito em sua essencialidade,²² às voltas com o problema da decisão.

Ademais, releva anotar que não se está aqui a advogar concepção dita *patologicista* do fenômeno jurídico, de modo a reduzi-lo àquela porção da vida trazida até o juízo e feita desenrolar no seio de, ao homem médio, misteriosos trâmites processuais/judiciais. Está-se tão somente a assinalar aquilo que tem, no transcurso dos tempos e nas diferentes terras, conferido identidade ao fenômeno jurídico, permitindo, descritivamente, diferenciá-lo no todo social, em que se encontra, no incessante acontecer da vida jurídica, indissociavelmente emaranhado a outros fenômenos em

²⁰ “Il faut donc dire que le droit ne peut pas se révéler à l’homme sans que celui-ci constate ou postule une intervention désintéressée d’un tiers. En d’autres termes, cette intervention est un élément constitutif nécessaire ou ‘essentiel’ du phénomène ‘Droit’. Et c’est grâce à cet élément que ce phénomène peut être décrit ou défini (...) C’est cette intervention qui est l’élément spécifiquement juridique. C’est elle qui transmet un caractère juridique à l’ensemble de la situation.” KOJÈVE, Alexandre. *Esquisse d’une phénoménologie du droit*. [s.l.], Éditions Gallimard, 1981, pp. 24-25.

²¹ BOHANNAN, Paul. *Justice and judgment among the Tiv*. Londres: Oxford University Press, 1957.

²² E quando se trata de essência, embora possa haver nuances denotativas de mutações, está-se a falar de permanência, quer se esteja diante do direito romano clássico, do direito das tribos africanas ou da união européia. “Il n’y a pas d’opposition de nature entre les droits européens et les droits traditionnels d’autres continents. Ceux qui ont opposé mentalité logique et mentalité pré-logique, droit et pré-droit, ou plus récemment sociétés chaudes et sociétés froides, ont été victimes d’une illusion d’optique.” VANDERLINDEN, Jacques. Les transferts de droit ou la double illusion. *Bulletin de liaison du LAJP*. N. 5, 1983, pp. 122-131, p. 125.

perene realização. Trata-se então de perceber que, se é verdadeiro que o direito não se esgota no contencioso e não se deixa enclausurar em decisões jurídicas, não se pode deixar de perceber que inobstante isso, embora o largo da realização do direito se dê no entorno das intervenções arbitrais de terceiro, para além e aquém dessas, nada há que permita divisar o fenômeno jurídico na sua juridicidade.²³

Afora esta constância, incrustada no seio da juridicidade do direito e sem a qual ele cai por terra como idéia morta, vitimado pela perda de sua razão de ser, resta-lhe uma conformação cambiante, que se amolda diferentemente no curso da história e nas diversas circunscrições espaciais, de forma que o direito está condenado, pela sua própria essência, a ser contingente, uma vez que jamais se apresenta como obra pronta e acabada, mas como fenômeno em interminável lapidação, cujas formas contingencialmente assumidas dizem de perto, em cada momento e lugar, com a necessidade de criação de condições de decidibilidade. Eis algo que, por si só, inviabiliza em sede de estudo fenomenológico do direito, qualquer tentativa de procurar identificar uma constância material que tenha acompanhado o fenômeno jurídico no transcorrer de suas inumeráveis manifestações espaço-temporais. A contingência é a fatalidade do direito, de modo que não é possível caracterizá-lo por uma sua materialidade eterna, vez que dificilmente encontrará o pesquisador um conteúdo que tenha, em todos os tempos e lugares, se feito envolver pelas formas jurídicas, isto é, que traga, intertemporalmente consigo, a chaga da juridicidade, bem como tampouco se poderá afirmar um conteúdo que em algum tempo ou lugar não tenha se revestido dos mantos da juridicidade.²⁴ Tanto mais se realça essa percepção quando se atenta para o caráter de *internormatividade*²⁵ de que se revestem não apenas as proposições, mas

²³ Esforçado que estava em afastar os reducionismos da *vida do direito*, talvez por isso tenha escapado à arguta lente de Jean CARBONNIER essa sutil peculiaridade, ainda que por sobre ela tenha podido se debruçar. “Or, il se pourrait bien qu’en dernière instance, la définition la moins improbable fût encore celle-ci: qu’est juridique ce qui est proper à provoquer un jugement, ce qui est susceptible de procès, justiciable de cette activité, très particulière d’un tiers personnage que l’on appelle arbitre ou juge. Mais de ce que la possibilité toujours latente d’un procès soit inhérent à la notion du juridique, il ne s’ensuit pas que la réalité du droit se confonde avec le contentieux”. *Flexible droit*. Pour une sociologie du droit sans rigueur. 7 ed. Paris: Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, 1992, p. 21. Com efeito, a realidade do direito não se confunde com o contencioso, mas manifesta nele, por conta da inevitabilidade da decisão jurídica, a sua especificidade.

²⁴ “En esta perspectiva pues, las funciones del derecho solo pueden identificarse acertadamente, en la medida en que se especifique la formación social de que se trate. Lo que correlativamente supone recusar la utilidad de identificar notas generales y tractas referidas a las funciones que el derecho cumpliría en cualquier tiempo, en cualquier espacio, en cualquier cultura.” CARCOVA, Carlos Maria. Acerca de las funciones del derecho. In: MARI, Enrique E. et al. *Materiales para una teoría crítica del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrotto, 1991, p. 213.

²⁵ Eis a particularidade das “normas” jurídicas identificadas pela arguta lente de Jean Carbonnier, “La norme juridique dispose, à l’égard de la norme non juridique, d’un pouvoir dont celle-ci ne possède pas l

também as normas jurídicas, atinente à capacidade, que lhes é inerente, de apropriar-se do conteúdo de prescrições oriundas de outros fenômenos imbricados na teia social, seja da moral, da religião ou mesmo da normatividade de trato social. Eis que, anteriormente à decisão jurídica, ineludível, e para fora dela, pouco há que individualize o direito dos demais fenômenos sociais que lhe ocupam o entorno e que com ele, na sua realização, interpenetram-se, havendo mínima dúvida quanto ao caráter de fomentadoras da juridicidade das disposições morais e religiosas em voga em cada época e lugar. Assim, se se quiser oferecer subsídios para tornar operável o direito, permitindo mínima manejabilidade que requer sua própria razão de existir, referente à dissolução dos conflitos por intermédio de uma decisão, impõe-se ao observador um laborar que incida diretamente sobre o arranjo histórico presente assumido pelo fenômeno jurídico por encadeamentos vários e de custosa identificação, dada a sua indissociabilidade em relação às demais veredas vitais.

Desse modo, se se quiser compreender o direito enquanto vivência, há que se considerar essa sua peculiaridade de ser um fenômeno determinado diatópica e diacronicamente²⁶ e que por radicar-se sobre a obrigatoriedade de uma decisão se faz e refaz-se de maneira ininterrupta, vez que não se apresenta como estático seu essencial elemento constituinte, qual seja, a decisão jurídica, o que implica que direito jamais se apresenta como *ser*, ou seja, ele não é, mas se perfaz e manifesta-se *sendo*.²⁷ Com efeito, a decisão não é apenas um momento final da vivência jurídica, de pura e simples realização do direito.²⁸ Antes pelo contrário, o direito a congloba e é por ela integrado desde o princípio, de forma que a obrigatoriedade da decisão condiciona o modo de ser do direito, imprimindo-lhe feição própria, marcadamente hermenêutica e por isso mesmo, contingente, devendo-se assumir a própria temporalidade como um seu

‘équivalente à l’égard de celle-là. Entendez que la règle de droit est capable de s’approprier n’importe quelle autre règle sociale, mais que l’inverse n’est point vrai”. Les phénomènes d’internormativité. In: CARBONNIER, Jean. *Essais sur les lois*. Paris: Répertoire du notariat Defrénois, 1979, p. 256.

²⁶ “E quando tentamos pensá-lo (*o direito*), estudá-lo, somos de pronto envolvidos por sua atmosfera intensamente histórica. O direito é esculpido na História. Toda a sua linguagem, toda sua tendência à universalidade são densamente envolvidas por seu ser histórico”. DINIZ, Arthur José Almeida. O direito como magia. *Revista Forense*, vol. 313, pp. 21-31, p. 22.

²⁷ “a presença (Dasein) se compreende em seu ser, isto é, sendo.” HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis: Vozes, 2006, p. 48.

²⁸ Para um aprofundamento do raciocínio até aqui desenvolvido, consultar a *sensacional* dissertação de Osvaldo de CASTRO. “Falhas teóricas foram e continuam sendo cometidas em virtude da crença enganosa de que a decisão não integra o direito. Muitos imaginam a função judicante como aplicação do “direito”. Acreditam na existência de um ‘direito’ anterior à decisão jurídica. É errôneo pensar assim. O direito, embora não seja exclusivamente decisão, certamente a engloba, ele não a precede, mas a abrange na sua composição. O direito não é só decisão, mas não se pode concebê-lo sem esse elemento.” *Obrigatoriedade da decisão jurídica*. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2007, p. 22.

elemento fundante.²⁹ Significa aceitar que direito não simplesmente tem história e se desenrola no tempo, mas que se intrinca de tal modo com historicidade e temporalidade de forma que se faz permitido afirmar que direito embute o tempo no seu constituir-se ininterrupto e que, portanto, é ele mesmo, história,³⁰ o que, por si só, evidencia o caráter infundável de seu acontecer em ininterrupta transformação.

Aceita essa proposta, qual seja, a de que figura a *obrigatoriedade da decisão jurídica* na essência do direito, o pensamento jurídico há de, sob pena de restar inócuo, tomar para si a incontornável tarefa de enfrentar os diferentes problemas sob uma perspectiva minimamente pragmática, lidando sempre com a inevitabilidade da decisão, de modo que não há que se separar uma teoria e uma prática do direito, o que confere ao pensar jurídico uma estrutura própria, em que convivem duas constâncias paradoxais: o dever, sempre presente, do juiz em decidir e a inevitável contingência das condições de decidibilidade, a oscilar no transcurso histórico do direito.

Tão mais realçada se torna essa constatação quando se atenta para a *humanidade*³¹ do fenômeno jurídico. Com efeito, se o desenvolvimento argumentativo até aqui propiciado encontrou partida na tríplice constatação acima explorada, há que se acrescentar, por condicionante de todo o posterior, uma quarta nota essencial ao fenômeno jurídico, que se manifesta como intrinsecamente humano, não podendo dele ser cindido esse seu elemento constituinte que é a humanidade, vez que brota na trama social como constructo dos homens e para os homens, pelo que jamais se poderá concebê-lo como estagnação, isto é, estática, não se deixando adequadamente representar como algo dado, mas como acontecer fenomênico que é constante refazimento e que, devido à sua humanidade, é irremediavelmente complexo.³² Ora, se o

²⁹ “O tempo não permanece exterior à matéria jurídica, como um simples quadro cronológico em cujo seio desenrolaria sua ação; do mesmo modo, o direito não se limita a impor aos calendários alguns prazos normativos, deixando para o restante que o tempo desenrole seu fio. Antes, é muito mais desde o interior que direito e tempo se trabalham mutuamente. (...) Resta que, renunciando às miragens da eternidade, o direito se escreve, desde então, sob o risco da história.” OST, François. *O tempo do direito*. Florianópolis: Edusc, 1999, pp. 14 e 27.

³⁰ “O direito, como história viva, não flutua sobre o tempo e o espaço (...)” GROSSI, Paolo. *Primeira lição sobre direito*. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Editora Forense: 2006, p. 67.

³¹ “*Humanidade* do direito: é seguramente este o primeiro ponto firme sobre o qual se deve insistir. Se o químico, o físico, os biólogos lêem no livro aberto do cosmo as tramas das próprias ciências, o jurista não pode fazê-lo do mesmo modo: em uma natureza fenomênica privada de homens não há espaço para o direito, que – como já nos advertia com veemente eficácia um antigo jurista romano – se originou, desenvolveu e consolidou *hominum causa*; o que significa que nasceu com o homem e para o homem, incindivelmente coligado às vicissitudes humanas no espaço e no tempo.” GROSSI, Paolo. *Primeira lição de direito*, pp. 7-8.

³² Por si só, essa humanidade do direito já faz saltar aos olhos a dificuldade de um tratamento teórico desse fenômeno, que não se deixa em conceitos aprisionar e a métodos submeter. “Il faut dire cependant qu’on se trouve dans une situation analogue chaque fois qu’on a affaire à une phénomène

próprio homem não é em si imobilidade, antes pelo contrário, progressiva evolução, outra coisa não se poderia esperar de um fenômeno que traz, desde as origens, entranhada em si a humanidade.³³ O caráter humano do direito o determina,³⁴ jamais no sentido de permitir uma antecipação de seus caminhos, mas no sentido de condiciona-lo à vivência humana, que tem sido sempre vivência jurídica.

E se é humano, então, por decorrência, é também o direito, inafastavelmente, um fenômeno cultural e eticamente determinado,³⁵ o que não está a sugerir uma perenidade dos sempre mesmos mandamentos éticos a penetrar e condicionar o jurídico, mas tão somente a revelar que o direito não passa incólume, em seu acontecer, às exigências que, embora cambiantes, o cadinho histórico vem a decantar com relativa permanência, nos diferentes lugares, enquanto reclamamos do *ethos*³⁶ de cada tempo. Mais uma vez aqui sobressalta a imperatividade das análises em se circunscreverem, o que está a significar a necessidade de tomar em conta as particularidades de cada cultura nas suas concretas manifestações históricas, de forma que mesmo o sentido do direito não será o mesmo aqui e acolá, no ocidente e no oriente.³⁷

spécifiquement humain: que soit le Droit, ou l'État, la Religion, l'Art, etc., une définition satisfaisante fai généralement défaut." KOJÈVE, Alexandre. *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, p. 9.

³³ Cumpre ter em conta o *sentido do movimento*, de que cuida Teilhard de CHARDIN, como imprescindível à descoberta do homem pelo homem. "Sentido de movimento, capaz de perceber os irresistíveis desenvolvimentos que se ocultam nas maiores lentidões, - a extrema agitação que se dissimula sob um véu de repouso, - o totalmente novo insinuando-se no âmago das mesmas coisas." *O fenômeno humano*. Tradução de José Luiz Archanjo. São Paulo: Cultrix, 2006, p. 27.

³⁴ "Como a noção de propriedade é um aspecto de uma certa cultura, o direito limita-se a proteger a forma de propriedade típica de uma certa época histórica. Se algumas características são comuns e podem ser encontradas sem e por toda a parte, isso se deve ao fato de propriedade e direito dependerem, em última análise, também da fisiologia humana. Sendo o ser humano um animal terrestre e onívoro, sua noção de propriedade é antes de tudo a de propriedade da terra (...) Se o ser humano fosse exclusivamente carnívoro ou se alimentasse filtrando água, como certos invertebrados marinhos, seu direito seria totemalmente diferente do que é." LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 18-19.

³⁵ "É inegável que o Direito, desde que nasceu, levou consigo uma determinação ética. Eventualmente, e até muito provavelmente, religioso já, ou ao menos filosófico e parareligioso, sobretudo se pensarmos nas confluências estoicismo/cristianismo, ambos anteriores ao surgimento do *Ius*, mas ambos também determinante ambas de leite." CUNHA, Paulo Ferreira da. *A constituição viva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 19.

³⁶ Entendido aí o *ethos* como face deontológica de uma determinada cultura. Etimologicamente tem-se que, na sua grafia com *eta* inicial, significa *valores, costumes e normas, leis* regentes da conduta ou do agir humano, e que se encontram, enquanto produção cultural do homem, em processo constante de construção e reconstrução no curso histórico da existência humana. *Ethos* com *epsilon* inicial designa o *hábito* (hexis) de agir de uma determinada maneira. Tal maneira, para ser ética, precisa ser aquela voltada para a efetivação do melhor, isto é, do *Bem*, pelo que o *ethos* se transforma em meio de auto-realização do homem. A esse respeito, consultar VAZ, Henrique Cláudio de Lima. *Ética e direito*. São Paulo: Landy, 2002.

³⁷ A esse respeito, evidenciando a variabilidade diatópica das percepções e construções jurídicas, consultar a vasta pesquisa de DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, São Paulo: Martins Fontes, 2002.

Deveras, é num lançar-se propulsionado desde a radical consciência dessa especificidade do fenômeno jurídico, não apenas quanto a sua humano-imanência, mas também referente ao seu caráter de fatal contingência e historicidade/temporalidade, que se articularão as idéias posteriores incidentes sobre a peculiaridade do direito dos tempos presentes, cuja condição é de difícil apreensão teórica,³⁸ mas que juridicamente encontra chave significativa num ponto de partida estabelecido como ingeável, isto é, feito como dogma, pelo imaginário jurídico dominante, qual seja, a *supremacia da constituição*. Demais disso, em coerência com o acima assinalado, buscar-se-á circunscrever a análise para lidar com o direito coevo. Nessas linhas, assumida a *inevitabilidade de decisão jurídica* como nota essencial ao fenômeno jurídico, para a qual se granjeia, como hipótese, o lugar de *invariante ôntico* do direito, a acompanhá-lo no seu itinerário histórico e a condicionar o próprio modo de pensar o seu acontecer, tratar-se-á de encarar o fenômeno jurídico mediante inafastável consciência do presente arranjo vivenciado por aquela invariância, qual seja, a da *obrigatoriedade da decisão judicial*.

2. Direito em realização e direito realizado: o direito é maior que as materializadas soluções jurisdicionais

Há que se salientar, mais uma vez, a fim de afastar eventual pecha de reducionismo, que não se está aqui a pretender uma identificação simétrica entre direito e *obrigatoriedade da decisão jurídica*, ou, como poderia fazer entender uma leitura apressada, entre o direito e o contencioso, isto é, entre direito e sua operacionalidade jurisdicional. Está-se, tão somente a desenvolver hipótese referente à identificação da juridicidade do direito, concernente a encontrar no fenômeno jurídico o que nele há de

³⁸ Apenas exemplificativamente, já se falou em *pós-modernidade*, LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. 5 ed. Tradução de Ricardo Correa Barbosa. Rio de Janeiro: José Olympio, 1998; ou mesmo em tantas pós-modernidades quantos fossem os seus intérpretes, KUMAR, Krishan. *Da sociedade pós-industrial a pós-moderna*. Jorge Zahar Editor, 1998; houve quem avistasse na configuração mundial corrente, a separar centro e periferia, uma *transmodernidade*, DUSSEL, Enrique. 1492: *O encobrimento do outro*. Tradução de Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 1993; aqueles que descrevem a presente situação como a acirrar as notas da modernidade, definindo-se os contornos de uma hipermodernidade, LIPOVETSKY, Gilles. *Tempos hipermodernos*. Tradução: Mário Vilela. Barcarola, SP, 2004; e mesmo há aqueles que, salientando a complexidade e a imprevisibilidade como dados inafastáveis do presente histórico, identificam uma *sociedade de risco*, BECK, Ulrich. *Risikogesellschaft*. Auf dem Weg in eine andere Moderne. Frankfurt: Suhrkamp, 1986.

essencial e distintivo.³⁹ Trata-se, em síntese, de separar, na realidade fenomênica, qual o traje jurídico da juridicidade, ou seja, de retirar do armário e fazer vestir, a teoria, da roupa com a qual o direito vai ao baile.⁴⁰

Essa essencialidade, como acima se pretendeu aclarar, é avistada na *inevitabilidade do decisum*, enquanto atributo específico do direito mesmo, a se apresentar como *postulado operativo* que lhe permite ser manejado, isto é, atuar no sentido de se desincumbir da função para o qual, desde tempos imemoriais, tem sido concebido, que é a de oferecer desfecho às pendengas surgidas no âmbito das relações humanas intersubjetivas e trazidas a juízo num pleito de obtenção de resposta, que, há de se ter presente, não necessariamente irá pacificar os eventuais contendores,⁴¹ mas se prestará a colocar um ponto final *jurídico* à discussão. Com efeito, não se trata de simples nota da dogmática jurídica ou do pensamento dogmático, embora, também o seja, como pretendem alguns,⁴² mas de *invariante ôntico*⁴³ a marcar o fenômeno jurídico em seu acontecer incessante, sem o qual não se daria o direito a revelar de forma explícita aos agentes sociais, ainda que a *obrigatoriedade da decisão* não permita senão uma efêmera e, quiçá, irrepetível realização na solução dos casos concretos. Mais que dois pressupostos alinhados, quando é do fenômeno jurídico que se trata, *inevitabilidade da decisão e inegabilidade dos pontos de partida* guardam entre si

³⁹ Trata-se, é sabido, de laboriosa missão, da qual se incumbiram (e na qual fracassaram) os grandes juristas da história recente, a exemplo de Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre* e de Fritz Sander, *Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung ? Kritische Studie zur Rechtslehre Hans Kelsens*. Wien : Leipzig : Franz Deuticke, 1921. Fritz SANDER, discípulo de Hans KELSEN, desenvolveu a chamada teoria da experiência jurídica, que, pode-se dizer, de forma bastante sintética e simplista, avistava no fato da aplicação do direito, isto é, no procedimento de atuação dos órgãos jurídicas, aquilo que com acerto haveria de ser reputado como jurídico, rejeitando o enfoque normativista. Breve nota biográfica pode ser encontrada em BOBBIO, Norberto. Fritz Sander. *Rivista internazionale di filosofia del diritto*. 1940, pp. 176-179.

⁴⁰ Na feliz e didática formulação de Osvaldo de Castro, em conversa qualquer de banco de praça, na tarde do dia 19 de julho de 2007, na capital paulista.

⁴¹ Embora haja quem identifique a pacificação social como sendo o escopo maior da jurisdição. “A pacificação social é o escopo magno da jurisdição, e por consequência, de todo o sistema processual.” CINTRA, Antonio Carlos Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 20 ed. São Paulo, Malheiros, 2004, p. 24.

⁴² “Ao contrário das disciplinas zetéticas, cujas questões são infinitas, as dogmáticas tratam de questões finitas. Por isso podemos que elas são regidas pelo que chamamos de *princípio da proibição da negação*, isto é, princípio da não-negação dos pontos de partida de séries argumentativas, ou ainda, *princípio da inegabilidade dos pontos de partida*.” FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 48.

⁴³ L'éventualité du jugement, l'événus judicii, constituerait donc le trait spécifique de la régulation juridique (...) C'est-à-dire que présence de juridicté n'est pas synonyme, au contraire d'une idée très répandue, d'existence de règles préétablies gouvernant en particulier les jugements provoqués par les éventuels litiges et mises en question. Autrement dit, la normativité n'est nullement de l'essence de la juridicté: la règle de droit n'est pas logiquement première dans la manifestation de une juridicté, pas plus sans dout qu'elle n'a été historiquement première”. Groupe Stéphanois de Recherches. Les mutations des formes du droit. *Procès* n. 9, p.9.

relação de dedutibilidade, decorrendo a última da primeira, à medida que é somente porque há de se deparar o jurista com a inafastável necessidade de decidir, que não lhe é outorgada a eterna problematização das premissas, de modo que o pensamento jurídico não se pode apresentar como um pensar em aberto, pois encontra seu culminar imperativo na tomada de uma decisão.

Nos arredores e na externalidade da *compulsória intervenção de um terceiro*, entretanto, não deixa o direito de irrefreavelmente acontecer.⁴⁴ Apenas se quer evidenciar com a hipótese que se vem desenvolvendo que, não obstante isso, esse direito que se engasta para além da decisão jurídica, inundando a vida e infiltrando-se mesmo nos seus mais recônditos setores, não traz consigo atributo essencial que permita divisá-lo na teia social. Interpenetra-se, de forma cada vez crescente, com as outras partes do todo social e apresenta-se como fenômeno cambiante, a sofrer mutações no transcurso da história, assumindo arranjos que ora se sucedem, ora se repetem, e que, ainda que vivenciados e sentidos, na experiência dos diferentes povos como jurídico, não permitem identificar o direito na sua especificidade, integrando e fazendo realçar a marca da contingência do fenômeno jurídico.

Esse direito extraprocessual, por assim dizer, que acontece no cotidiano experienciado pelos sujeitos concretos, ora manifesta-se como que formalmente, consubstanciando-se nas designadas *fontes* do direito, ora silencia e flui na vida sem que sequer seja identificado como tal pelos seus viventes e observadores. Eis que há, para além das decisões jurídicas, um direito que as extravasa e que se alimenta por uma incansável engrenagem geradora de conflitos, clamantes esses por uma resolução, que juridicamente será buscada mediante a intervenção de terceiro, do julgador, que uma vez provocado, não se poderá furtar da prolação de uma decisão. Trata-se de perceber nas entranhas da sociedade, para lá das bordas do processo, que também há direito e mesmo um direito que em volume supera esmagadoramente aquele direito realizado concretamente nas decisões judiciais, mas que, em que pese esse seu gigantismo, não se deixa precisamente enxergar, não se amoldando às teorizações tão intenso o frenetismo de seu acontecer, sempre em aberto, fazendo de forma tendencialmente infinita, emergirem novas pendengas que irão servir de conteúdo à concretização judicial. A esse

⁴⁴ “A massa dos processos geradores de Direito, que supera em muito a legislação, é simplesmente localizada na área daqueles fatos (*Tätbestände*) que se forma sem nenhuma comunicação acerca do direito. Mas na realidade aquela área social, com vistas à qual o Direito criou organizações e competências profissionais, está localizada nessa área extra-institucional da comunicação explícita sobre o Direito.” LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. *Revista da Ajuris*. ano XVII, julho de 1990, pp. 149-168, p. 159.

direito, referir-se-á aqui, apenas conceitualmente, por *direito em realização*, em contraste com o *direito realizado* (in casu): um direito indefinível, mas presente.⁴⁵

É verdade, não haveria sentido em um esforço de realismo, como o presente, que pretende trazer à tona a especificidade do fenômeno jurídico, num desvelar daquilo que, embora salte aos olhos, tem passado despercebido a quase totalidade dos pesquisadores do direito, caso se estivesse simplesmente a inverter uma polaridade, ou seja, a substituir um reducionismo por outro, propugnando-se pela aposentadoria de uma concepção legalista de direito para a entrada em cena de uma visão *jurisdicionalizante*, que viesse a aprisionar o fenômeno jurídico às decisões concretas, emitidas ao cabo da reconstrução histórica dos diferentes casos, no curso de um processo. Invocando-se a imagem e o sentido de um *direito em realização*, que não se deixa enclausurar e que incessantemente se faz e refaz na vida, está-se justamente a precisar e necessidade de não sucumbir às formulações reducionistas, isto é, à necessidade de não se conceber como todo o direito aquilo que não é senão parcela de sua constante construção,⁴⁶ enquanto complexo estruturante que é. Trata-se, em síntese, de perceber que a decisão, por força de sua inevitabilidade, presta-se tão somente a uma espécie de revelação fenomenológica do direito, de maneira alguma esgotando e aprisionando toda a juridicidade. O direito, como restará claro adiante, inexoravelmente se ultrapassa.

Fala-se, então, de um direito como realidade radical,⁴⁷ entranhado nas profundezas da sociedade e que não se resume às suas diferentes formalizações históricas e tampouco se enclausura nas infundáveis decisões jurídicas para as quais converge a atividade judicante. Esse o direito em realização,⁴⁸ que encrava firmemente suas raízes na sociedade, o que não está a sugerir um seu caráter estático, mas um seu

⁴⁵ VEDEL, G. Indéfinissable mais présent. In: Définir le droit, t. 2. *Droits*, n. 11, 1990, p. 67 e ss.

⁴⁶ “(...) les lois et les décisions de justice ne doivent pas être prises pour ce qu’elles ne sont pas. Elles servent à decouvrir le droit, elles ne sont pas elles mêmes le droit, tout le droit.” DAVID, René. Le dépassement du droit et les systèmes de droit contemporains. *Archives de philosophie du droit*, n. 8, 1964, pp. 3-20, p. 14.

⁴⁷ Retira-se, aqui, do contexto, passagem de Paolo Grossi, referente à “ordem jurídica” medieval, para fazer dela descrição do *direito em realização* de todos os tempos. “É daqui que brota e é aqui que se coloca o direito. Não como o fruto da vontade desse ou daquele poder político contingente, desse ou daquele Príncipe, mas como uma realidade historicamente e logicamente antecedente, que nasce nas vastas espirais do social, com esse se mistura, desse se incorpora. O direito é um fenômeno primordial e radical da sociedade. Para subsistir, não espera os coágulos históricos ligados ao desenvolvimento humano e representados pelas diferentes formas de regulamentação pública.” GROSSI, PAOLO. *Mitologias jurídicas da modernidade*. 2 ed. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, pp. 28-29.

⁴⁸ Está-se a descrever realidade que se aproxima daquele direito vivo, identificado por Eugen EHRLICH, “é aquele que, apesar de não fixado em prescrições jurídicas, domina a vida”, *Fundamentos da Sociologia do Direito*. trad. de René Ernani Gertz. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986, p. 378.

contínuo desenvolver arraigado às incontáveis e sucessivas mutações sociais, que irão conferir-lhe contornos distintos nas diferentes épocas e localidades, o que impõe a percepção de que o *ser* do direito, historicamente condicionado, se revela de diversas maneiras, emergindo em diferentes manifestações.

Resulta disso que o direito não se resume nas decisões jurídicas e nem mesmo nas diferentes *fontes* que o revelam (fenomenicamente) no curso da história, enquanto meras manifestações de superfície de um fenômeno que possui raízes mais profundas. Opta-se, aqui, por um sentido bastante amplo de fontes jurídicas,⁴⁹ em assonância com a perspectiva de um *direito em realização*, numa referência às formas assumidas pelo direito nas diferentes experiências históricas, em confluência que materializa um acontecer que emerge desde mananciais muitas vezes encobertos na vivência social.⁵⁰ Fala-se numa confluência materializadora, vez que não se pode ingenuamente pensar que as fontes, enquanto manifestações de superfície, traduzam, de fato, o momento originário da juridicidade, do direito globalmente pensado. Entretanto, quando se está a falar em juridicidade no sentido daquilo que confere ao direito a sua especificidade, aí sim se poderá afirmar, sem titubeios, ser a decisão jurídica, contemporaneamente reconduzível à decisão judicial,⁵¹ a fonte por excelência do direito, que permite avistá-lo

⁴⁹ Assim, em que pese a perspicaz anotação de Miguel Reale, co-relacionando às fontes jurídicas um poder de decidir, “são sempre estruturas normativas que implicam a existência de alguém dotado de *um poder de decidir* sobre o seu conteúdo, o que equivale a dizer *um poder de optar* entre várias vias normativas possíveis, elegendo-se aquela que é declarada obrigatória (...)” *Fontes e modelos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 11, não se acata aqui a afirmação do saudoso filósofo do direito no sentido de que “há um *numerus clausus* de fontes de *fontes do direito*, as quais não surgem *ex nihilo*, mas se situam no ordenamento jurídico global” *Op. Cit.*, p. 14, que embora coerente com a formulação teórica propugnada por Miguel Reale, não é adequada à percepção, que se quer aqui fazer despertar, para o caráter de não manipulabilidade do fenômeno jurídico, no sentido de que não será direito, e nem se manifestará como tal, apenas aquilo que digam ou afirmem sujeitos históricos determinados.

⁵⁰ “Seria um problema se às tantas revelações no cotidiano – usos, leis, atos administrativos, sentenças, invenções práticas – nós não correlacionássemos a intensa e incessante atividade que se dá – que é preparatória, mas já é direito (acrescente-se, direito em realização) – nos estratos mais recônditos de uma civilização, do mesmo modo como a nascente na qual o revelar-se da água na fenda da rocha é apenas o último momento, ainda que o único aparente, de uma longa vida subterrânea”. GROSSI, Paolo. *Primeira lição de direito*, p. 70.

⁵¹ Muito se tem discutido acerca da qualificação dos chamados *meios alternativos para a solução de conflitos*, não faltando quem sustente tratar-se de exceção à inafastabilidade da jurisdição. Com efeito, o acerto dessa conclusão dependerá da vinculação ou não desse conceito ao estado. De forma coerente com o que até aqui tem sido desenvolvido, há que se ter presente a *indeclinabilidade do decissum* como referencial para se avaliar a juridicidade plena ou não dessas práticas. Diagnosticados por alguns como sintoma de *baixa pressão jurídica*, numa espécie de ultrapassagem do direito (*dépassement*), não configuram falsificação da tese que vê na inevitabilidade da decisão, hoje preponderantemente judicial, a essência apreensível do direito, isto é, seu invariante ôntico. Antes pelo contrário, confirmam estar aí mesmo a juridicidade do direito, à medida que naquela interpretação aparecem como mecanismos voltados justamente a um escapar da realização plena do direito, na ciência de que ali na decisão judicial é que ele se aperfeiçoa em sua especificidade e, somente ali, se faz verdadeiramente vinculante. É disso que se quer afanquiar quando se opta por meios alternativos. Quer-se, com isso, ditar as regras do próprio

na solução de casos concretos, ainda que por um breve lapso, fazendo “conhecer” o direito para uma determinada situação. Destarte, não havendo dificuldades em reconhecer que o direito existe para ser realizado⁵² e, mais propriamente, sequer se perfaz como direito noutras formas que não a de sua realização concreta, há de se admitir que essa realização do direito, nesses tempos presentes, assume feição judicativo-decisória.⁵³

Innumeráveis são as fontes do direito em realização, enquanto formas de sua manifestação, oscilantes no fluir da história. Entretanto, é somente na decisão jurídica, ora judicial, que o direito aflora plenamente, revelando-se na sua especificidade. Entretanto, também não se estará diante do (*de o*) direito, mas tão-somente ante uma sua manifestação concreta, situada temporalmente e mesmo efêmera, vez que no acontecer jurídico, em que pese as tendências jurisprudenciais e a força dos precedentes, o câmbio é uma constante, de forma que nada assegura que se presenciará, futuramente, manifestação jurídica idêntica, ainda que os efeitos da concreta decisão sejam, certo modo, perenizados pela *coisa julgada*.

De qualquer forma, ainda que o direito encontre na inevitabilidade da decisão jurídica a sua nota essencial, não há que se pensar que no deparar-se com uma específica decisão, referente a um conflito determinado, estar-se-á perante o direito todo ou que nela esteja revelado o direito em si, como que podendo ser apontado e definido como tal. Aqueles que se ocupam do direito hão de ter presente uma impossibilidade,

jogo, definindo-se os limites da eventual *litiscontestatio*, de forma negociada. Entretanto, há que se admitir que as relações entre os órgãos judiciais e essas instâncias alternativas não se apresentam uniformes nas diferentes experiências jurídicas concretas, sendo de se atentar, em realidade como a da arbitragem, por exemplo, para a possibilidade de pactuação da permissibilidade do *non liquet* e da subsequente condução da pendenga não resolvido ao juízo estatal.

⁵² “A função do direito é realizar-se. O que não é realizável nunca pode ser direito e, ao contrário, tudo aquilo que produz esta função será direito, antes mesmo de ser reconhecido como tal (direito consuetudinário). (...) Nenhum Código de leis, nem coleção sistemática do direito, de uma época ou de um povo qualquer, poderiam ser suficientemente compreendidos sem o conhecimento das condições reais desse povo e dessa época; conhecimento que por si só explica a existência das regras do direito e sua significação, fazendo-nos conhecer obstáculos ou os meios que encontra a eficácia deste na circunstância da vida, etc. (...) A idéia de que nenhum direito pôde compreender-se, senão do ponto de vista da vida real, não necessita justificá-la, nem mesmo aqueles que são estranhos ao direito.” IHERING, Rudolf Von. *O espírito do direito romano*. Nas diversas fases do seu desenvolvimento. Tradução de Rafael Benaion. V. 1. Rio de Janeiro: Calvino Filho Editor, 1934, p. 55.

⁵³ “Por outro lado, mesmo entre os particulares, o Direito surge de decisões. Os actos jurídicos, e especialmente os negócios jurídicos, derivam de declarações de vontade dos contraentes a que se ligam efeitos jurídicos (no caso dos negócios jurídicos queridos como tal (tais) pelo(s) interveniente(s)).” CUNHA, Paulo Ferreira da. *Filosofia do direito*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 127. Mas isso já é matéria para uma teoria da decisão jurídica (não exclusivamente judicial), ainda por ser escrita.

qual seja, a de defini-lo de forma pronta e acabada⁵⁴: isso porque direito não se conhece, apenas se vivencia.

3. Da cientificidade possível e da inviabilidade metódica

Se se quiser perguntar pelo que é o direito, numa investigação orientada a desvendá-lo em seu, até hoje, enigmático *ser*, ter-se-á de se acatar a incisiva resposta de que direito *não é*, pois que manifesta-se *sendo*, isto é, faz-se num constante *vir-a-ser*, apresentando-se sempre como *devir*, pelo que mais condizente com a sua essencialidade é pensá-lo como um *acontecer* que só o é em realização.⁵⁵

Ora, tão-só essa singela percepção, que de imediato se faz aliar dos caracteres de *contingência* e *historicidade/temporalidade* do fenómeno jurídico, acredita-se suficiente para evidenciar certa insubordinação metódica do direito, bem como uma sua difícil apreensibilidade por um saber que se pretenda rigorosamente científico,⁵⁶ à procura de um *objeto cognoscível* que se revista das qualidades de não apenas ser existente no plano das realidades, mas que inclusive se mostre experienciável, no sentido de assimilável pelos sentidos de forma não contaminada, isto é, tendencialmente neutra.⁵⁷ De começo, há que se admitir que direito não é dado *ex ante*, é algo que não se permite identificar como *ob-jeto*.

⁵⁴“(…) no hay nada que pueda ser señalado con el dedo diciendo, al mismo tiempo, ‘ahí está el famoso Derecho del que tanto hablan’. De lo que se sigue que el Derecho no es un objeto empírico ni uno simple”. Angel Russo, Eduardo. *Teoría General del Derecho: en la modernidad y en la posmodernidad*. 3ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2004, p. 17.

⁵⁵ “(…) o direito não o é antes de sua realização, pois só na sua realização adquire a sua autêntica existência e vem à sua própria realidade. (...) É que também no direito – e sobretudo no direito como entidade prática – a determinação da <<essência>> não comprova a <<existência>>: o direito não é (não é direito) sem se manifestar na prática e como uma prática”. NEVES, A. Castanheira. *Metodologia jurídica*. Problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra editora, 1993, p. 25. Como poucos CASTANHEIRA NEVES parece ter enxergado a dinamicidade do fenómeno jurídico, entretanto, ainda assim, supõe-se ter-lhe escapado a sutileza do que há de peculiar nessa *realização do direito*, que é a sua viabilização prática, ou seja, sua operacionalização pela *inevitabilidade da decisão*.

⁵⁶ “Há mais de duas décadas que empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica do seu objeto (...) importava (...) aproximar tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda a ciência: objetividade e exatidão.” KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. XI.

⁵⁷ O direito “não se faz *pret-a-porter*. Um princípio que tenha guardado preponderância em uma determinada solução poderá estar relativizado em outra, diante da situação posta ao Direito, para solução. E não há possibilidade de *non liquet*, do Direito dar às costas ao respectivo jurisdicionado, negando-lhe jurisdição. O Direito sempre deverá dar uma resposta, quando for chamado. Isso não acontece em todos os campos do conhecimento.” ARONNE, Ricardo. *Direito civil-constitucional e teoria do caos*. Estudos preliminares. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 33.

Deveras, pensando-se o direito na sua plenitude, numa superação do intelectualismo de cariz abstracionista insistente em identificar e reduzir o jurídico a um determinado discurso do direito que dele faz não mais que emaranhado de enunciados propositivos, os quais são encarados no âmbito do *sensu communis teórico dos juristas*⁵⁸ com pretensão de sistematicidade, isto é, se se pensar o direito em realização, fitando-se-o em seu modo peculiar de ser, interpretativo e decisional, perceber-se-á que o direito é, por essência, um fenômeno vivo, à medida que não existe como um *a priori*, tão somente se podendo avistar como direito pleno aquele experienciado cotidianamente, isto é, aquele direito vivenciado dia após outro nos foros diversos e concretizado na decisão judicial.⁵⁹

Com efeito, se se pensasse o direito em sua plenitude, a vida lhe seria ínsita (*e o é*), entretanto, distante disto, o discurso jurídico tradicional,⁶⁰ enquanto conjunto de mensagens emitidas a partir dos dispositivos/proposições normativas, dá vazão a uma verdadeira sangria da vitalidade, enquanto subrepticamente toma por direito aquilo que direito não é, vistoriando-o como ente estático a pairar sobre a realidade concreta à espera de uma sua aplicação na resolução de conflitos, como se pronto e acabado, desde o momento legiferante, fosse.

Separa-se ficcionalmente um mundo do ser e outro do dever ser (*Sein und Sollen*) na suposição da cindibilidade do real, olvidando-se que este é uno e que nele não há mundos distintos e tampouco um mundo jurídico singularizado, que somente pode resistir no seio dos academicismos cientificistas ainda crentes em teorizações puras.⁶¹ Direito e vida são um só, podendo-se afirmar que *direito é vida*,⁶² pois a única juridicidade que interessa é a da vivência dos povos, que lhe é substrato. Ademais, não há sequer uma divisibilidade possível entre teoria e prática jurídicas, havendo tão-só, na

⁵⁸ WARAT, Luiz Alberto. *Sensu communis teórico: as vozes incógnitas das verdades jurídicas*. In: WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao Direito*. vol. I. Sérgio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1994.

⁵⁹ “(...) mesmo sem transformações legislativas, o direito de ontem não é o direito de hoje e este é, antes de tudo, o declarado pelos juízes em um processo.” FIGUEIREDO DIAS. *Direito processual penal*. v. 1. Coimbra: Coimbra Editorial LTDA, 1974, p. 48.

⁶⁰ Para a diferenciação, aqui adotada, entre discurso do direito e discurso jurídico, consultar: CORREAS, Oscar. *Alternatividad e derecho: el derecho alternativo frente a la teoría del derecho*, IN: *Crítica Jurídica*, México, n. 13, p.51-64, 1993.

⁶¹ “La realidad no consiste en verdad de partes separadas. Existen numerosas dependencias entre las ‘partes’ del mundo. La imagen atomista del mundo conduce, en última instancia, a una distribución del mundo.” AARNIO, Aulis. *Derecho y acción. Reflexiones sobre las acciones jurídicas colectivas*. IN: *Revista Jurídica Doxa*, n. 8, abril 1999, p. 109.

⁶² Com o que não se está a se sugerir que toda a vida seja jurídica, isto é, que haja entre direito e vida perfeita identidade, numa espécie de *panjurismo*: as relações humanas são maiores que o direito. “Le droit est plus petit que l’ensemble des relations entre les hommes.” CARBONNIER, Jean. *Flexible droit*, p. 22.

sua plenitude, um direito que se faz e refaz continuamente na decisão, momento conglobante da práxis jurídica.

Em que pese essa variabilidade a acompanhar o *direito em realização* e a *realização do direito*, que basta a si mesma na tarefa de desmistificar a possibilidade de um conhecimento completo e correto desse particular fenômeno humano, acredita-se ser possível ainda um seu tratamento científico, condicionado a essa percepção de que, em momento algum, poder-se-á mediante conceitos, categorias e modelos teóricos abarcar-se todo o direito, que, diametralmente oposto a um objeto estático a ser observado, é *acontecer* em ininterrupta *ultrapassagem*, e de que tampouco será possível entendê-lo em todos os seus mistérios, vez que em que pese haja num certo imaginário da juridicidade algo de racional, permanece inevitavelmente o direito permeado por irracionalidades,⁶³ de modo que é mesmo possível parafrasear aqui, com adequação, o prêmio nobel Richard P. FEYNMAN⁶⁴ a fim de dizer que quando alguém afirma ter “compreendido” o direito, é porque não o compreendeu.⁶⁵

Uma ciência possível do direito, avisada dessa fragilidade que a todo o momento estará a vitimá-la, somente granjeará utilidade à medida que se dispuser a encarar de frente a nua e crua realidade jurídica, em uma consideração do direito atenta às suas circunstâncias concretas e aos seus protagonistas reais, abdicando de lobrigações mirabolantes que em situação alguma lograriam encarnar-se,⁶⁶ pois que desconsideram que o fenômeno jurídico emerge desde a humanidade e aos homens, e não aos *olímpicos*, de cada tempo e lugar se volta. Uma tal espécie de teorização somente enquanto *divertimento acadêmico* poderia se sustentar.

Mais que isso, as investigações científicas em direito hão de arrancar, desde a partida, marcadas pela consciência de que o fenômeno jurídico, que traz em si a

⁶³ “No que respeita à ação social com meios jurídicos, não somente a racionalidade do direito, mas também sua irracionalidade, pertencem às experiências no manejo social do direito; isto deve ser levado em conta na teorização de um realismo jurídico com sentido crítico (...)” KRAWIETZ, Werner. Direito e racionalidade na moderna teoria do direito. Tradução de Sérgio Cadernatori e José Luiz Bolzan de Moraes. *Revista Seqüência Jurídica*. ano 15, n. 28, junho de 1994, pp. 30-44, p. 32.

⁶⁴ ““Quando alguém afirma ter compreendido a teoria quântica, é porque não a compreendeu”. KÜNG, Hans. *O princípio de todas as coisas*. Tradução de Carlos Almeida Pereira. Petrópolis: Editora Vozes, 2007, p. 31. Hans Küng não menciona a fonte dessa passagem, o que inviabilizou a conferência no original.

⁶⁵ “Temos muito mais dúvidas que certezas. Por isso é que esses juristas de peito muito cheio e de cabeça muito levantada, cheios de razões e de soluções, acabam por ser simplesmente ridículos. Podem convencer incautos, até inflamar inexperientes, até persuadir auditórios, ganhar causas e obter famas. Mas no plano dos sentidos do ser, do que mais importa, têm vitórias de Pirro. ‘Ridiculíssimos heróis’...” CUNHA, Paulo Ferreira da. *Filosofia do direito*, p. 43.

⁶⁶ “Pero las cosas invisibles necesitan encarnarse, las ideas caen a la tierra como palomas muertas”. CORTÁZAR, Júlio. Que tal López. IN: CORTÁZAR, Júlio. *Historias de cronopios y de famas*. 1 reimp. Buenos Aires: Suma de Letras, 2004, p. 89.

indecifrável complexidade do humano, não se sujeita, pela sua própria essência, a condicionamentos metódicos. Significa dizer que não será qualquer procura por um único e plenipotente *método jurídico*, como espécie de *externalidade constitutiva* capaz de prescrever caminhos a serem trilhados como bitolas de uma suposta verdade, de um resultado correto.⁶⁷ Um tal método não se confeccionará de modo algum, vez que direito não se apraz com certezas,⁶⁸ antes pelo contrário, como adiante se irá aclarar, embute a incerteza como seu constitutivo essencial, de modo que a única segurança que aos juristas se oferece é a da *inevitabilidade de decisão jurídica*,⁶⁹ que se apresenta como postulado operativo da própria realização do direito.

Nessas linhas, há que se assumir a inexistência de uma única ciência do direito,⁷⁰ bem como de um específico método jurídico,⁷¹ já que o direito se revela instável em seu acontecer, não se sujeitando a racionalidades puras, de forma que se se quiser pensá-lo com adequação, há que se focar nessa sua essencialidade de fenômeno que *não é* senão *sendo* e que somente irá se perfazer em realização, evidenciando-se assim a centralidade do momento judicativo-decisório em que se o concretiza. É desde aí, lidando com as condições concretas de decidibilidade e em atenção às contingências

⁶⁷ DESCARTES, René. *Discurso sobre o método*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

⁶⁸ Eis que nem mesmo naquelas ciências que tradicionalmente designaram-se por *duras*, como a física, permanece a crença em modelos teóricos completos e perfeitos, de modo que os juristas teriam muito a aprender dando realmente, e não apenas discursivamente, respaldo à transdisciplinariedade, que não haveria de estancar no imaginário compartimento das assim chamadas ciências humanas, num robótico rechaço da racionalidade de todas as demais. “Essa física tradicional unia conhecimento completo e certeza: desde que fossem dadas condições iniciais apropriadas, elas garantiam a previsibilidade do futuro e a possibilidade de retrodizer o passado. Desde que a instabilidade é incorporada, a significação das leis da natureza ganha um novo sentido. Doravante, elas exprimem possibilidades.” PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas*. Tempo, caos e as leis da natureza. São Paulo: UNESP, 1996, p. 12. E saliente-se: fala-se em *possibilidades*, sequer ousando-se reivindicar, conceitualmente, por *probabilidades*... quanto mais, por *certezas*.

⁶⁹ “I must say that, as a litigant, I should dread a lawsuit beyond almost anything short of sickness and death.” HAND, Learned. The deficiencies of trials to reach the heart of the matter. In: *3 lectures on legal topics*, 1926, pp. 89-105, p. 105.

⁷⁰ Trata-se de dar respaldo, aqui, aquilo que já há algum tempo tem sido constatado noutros campos do pensamento humano. “Os filósofos, em especial os filósofos da biologia, suspeitavam havia já algum tempo que não há apenas uma entidade chamada ‘ciência’, com princípios claramente definidos, mas que a ciência compreende grande variedade de abordagens (em alto nível teóricas, fenomenológicas, experimentais) e que mesmo uma ciência particular como a física não passa de uma coleção dispersa de assuntos (elasticidade, hidrodinâmica, reologia, termodinâmica, etc.), cada um deles contendo tendências contrárias.” FEYERABEND, Paul. *Contra o método*. Tradução de Cezar Augusto Mortari. São Paulo: UNESP, 2007, p. 13.

⁷¹ “(...) a idéia de um método fixo ou de uma teoria fixa da racionalidade baseia-se em uma concepção demasiado ingênua do homem de suas circunstâncias sociais. Para os que examinam o rico material fornecido pela história e não têm a intenção de empobrecê-la a fim de agradar a seus baixos instintos, a seu anseio por segurança intelectual na forma de clareza, precisão, ‘objetividade’ e ‘verdade’, ficará claro que há apenas um princípio que pode ser defendido em *todas as* circunstâncias e em todos os estágios do desenvolvimento humano. É o princípio de que *tudo vale*.” FEYERABEND, Paul. *Contra o método*, pp. 42-43.

espaço-temporais,⁷² que haverá de ser pensado o direito por aqueles que quiserem a respeito dele fazer ciência, sem que isso signifique a possibilidade de um seu cabal conhecimento.

A ciência jurídica precisa ser reinventada e nesse processo de reinvenção não se pode abdicar de reflexão orientada pela inevitabilidade da decisão jurídica, que há de figurar como postulado operativo possibilitador de ulteriores desenvolvimentos teóricos atrelados à prática, à medida que essa e a teoria jurídica se interpenetram indissociavelmente. As condições de decidibilidade de cada momento hão de figurar na pauta das discussões sobre o direito, de modo que a cientificidade possível somente poderá ser a dos direitos vigente e vivente de cada comunidade política, tendo-se presente que em que pese a possibilidade de constatação da existência de uma invariância no fenômeno jurídico, todo o resto é volatilidade, não se podendo imaginar a vivência jurídica como algo passível de ser examinado em laboratório, vez que as linhas tortas da juridicidade não se escrevem em rascunhos sujeitos à revisão, permanecendo a dinâmica jurídica indesvelável na sua completude, de forma que afirmar a possibilidade de uma ciência jurídica é atitude que não se poderá acompanhar da esperança de conhecê-lo *in totum* na sua ininterrupta realização, de inabarcável complexidade.⁷³ Talvez seja de se construir essa ciência jurídica como ciência da decisão,⁷⁴ à medida que a obrigatoriedade da decisão, ainda que não determine, condiciona a realizabilidade do direito.

Assim como o direito, uma sua ciência, que aspire a alguma utilidade, deverá periodicamente reestruturar-se, o que implica a assunção de que mesmo um pensamento dogmático, caracterizado pela inegabilidade dos pontos de partida, terá de conviver com a inevitável colocação em xeque de suas premissas, a fim de que se possa, com mínima

⁷² “O jurista, sob pena de omissão e de cumplicidade farisaica, deve captar a mensagem para o seu tempo, não lhe cabendo acastelar-se em elucubrações vãs, na ânsia de interpretar fossilizados textos legais, em função de suas vírgulas ou reticências.” FREITAS, Juarez. *As grandes linhas da filosofia do direito*. 3 ed. Caxias do Sul: EDUCS, 1993, p. 119. (*grifou-se*).

⁷³ “O Direito é como a vida. Dificilmente reconhece a linearidade como natural. Ela é mais comum nos ambientes preparados para isolar o meio: laboratórios e codificações. Para o desespero de alguns, Deus não é um geômetra. As copas das árvores não são triângulo, laranjas não são esferas perfeitas, nossa pele não é uma superfície plana, o mundo não foi desenhado com compasso e régua. Talvz ao compasso de regras, mas nunca ao sabor delas. Sempre à mão livre. Possivelmente canhota.” ARONNE, Ricardo. *Direito civil-constitucional e teoria do caos*, p. 33.

⁷⁴ “La science du droit comme science normative (science de la decision) (...) La science du droit n’est pas correctement qualifiée lorsqu’on la désigne comme ‘science de l’esprit’ (*Geisteswissenschaft*), par opposition aux sciences de la nature. Elle est une science normative appliqué qui a, de bout en bout et au premier chef, à faire avec de phénomènes reels: avec la vie commun d’êtres humains au sein de groupes sociaux (...)” MÜLLER, Friedrich. *Discours de la méthode juridique*. Tradução de Olivier Jouanjan. Paris: PUF, 1996, p. 169.

adequação, pensar o novo, que das entranhas do jurídico não cessará de lhe interpelar, tamanha a instabilidade e a imprevisibilidade dos rumos que o direito, a cada tempo, haverá de tomar, vez que, repita-se, o fenômeno jurídico é, em si mesmo, um contínuo ultrapassar-se.⁷⁵

E não poderia ser diferente, à medida que, recorde-se, é o direito fenômeno intrinsecamente humano, cujos próprios deslindes estão aos homens indissociavelmente ligados, pelo que nele, como na gente humana, o irracional aflora com intensidade, de tal maneira que descurá-lo, para render-se às maravilhas prometidas pela aurora da razão, significaria, à ciência do direito, não mais que estultificar-se, à medida que lhe escaparia, por encoberto, algo que no direito há de vital.⁷⁶ Trata-se de reconhecer que direito não é marionete, manipulável teoricamente ao bel-prazer daqueles que o investigam, cujos passos se deixariam, todos eles, antecipar. Antes pelo contrário, é fenômeno que não se pode marionetar,⁷⁷ vez que desde a sua vivência desponta muito de irracional, já que não está o direito simplesmente no saber, mas também no sentimento, não apenas se irradiando desde a cabeça dos homens, mas inclusive a partir de seus corações.⁷⁸ Com efeito, imaginar que os partícipes da vida jurídica, quando do exercício de seus afazeres, atuam imunes às interferências que desde o entorno da juridicidade estrita (se é que nela se pode, mesmo apenas hipoteticamente, falar-se) os interpelam e no manuseio lapidarmente racional das construções teóricas oferecidas pela academia, é no mínimo demonstração de rústica ingenuidade.

⁷⁵ Instabilidade e imprevisibilidade estas registradas pela afiada pena de Rudolf von IHERING. “‘o direito é o Saturno que devora seus próprios filhos’; só se rejuvenesce eliminando o passado. O direito concreto que, uma vez formado, exige uma duração ilimitada, isto é, aspira à eternidade, assemelha-se ao filho que ergue o braço contra a mãe. Insulta a idéia de direito que invoca, pois esta envolve a eterna renovação.” *A luta pelo direito*. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 32.

⁷⁶ Com efeito, se leva em conta a *decidibilidade imperativa* dos conflitos trazidos a juízo, há que se assumir que haverá ali, na sua resolução muito de irracionalidade, isto é, inúmeras variáveis que não se puderam reconduzir aos modelos teóricos conhecidos ou por confeccionar. Pensar o direito cientificamente, requer essa percepção, o que não significa colocar-se em posição de fator do *irracionalismo*. “(...) difícilmente pueda calificar-se de irracional a un punto de vista simplemente porque opta por no ignorar como es la *verdadera practica* del derecho, como sus protagonistas habituales pensan y actúan de hecho. (Es como si, cuando el médico diagnóstica una enfermedad, se sacara la conclusión de que, por haber hecho esse diagnóstico precisamente, entonces la enfermedad há de tenerla también él mismo; más aún, que se encuentra bien complacido de ella y hasta deseando que todo el mundo le padezca).” HABA, Enrique P. Uma discussão: quiénes son los <<irracionalistas>> en la teoría del derecho? (Por qué algunos no confiamos en que sean tan <<rationales>>, ni <<razonables>>, los enfoques hoy dominantes en esa Teoría). *Doxa*, n. 19, 1996, pp. 385-402, p. 393.

⁷⁷ “(...) reafirmemos, com HEGEL, <<*Das Recht ist etwas Heiliges*>>, se não exatamente com o sentido que a expressão adquire no sistema hegeliano, pelo menos com o seu sentido literal: o Direito tem uma substância que o autonomiza das meras intenções ideológicas, porque é, ou pode ser, não o dúctil instrumento de domínio e opressão, mas a afirmação mesma da dignidade e liberdade do homem, aqui mesmo e hoje.” CASTANHEIRA NEVES. *O papel do jurista no nosso tempo*, p. 103.

⁷⁸ KIRCHMANN, Julius Hermann von. *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*. Heidelberg: Manutius Verlag, 1988, p. 21.

A essa altura, observação impõe-se no sentido de aclarar que não se está aqui a refutar a possibilidade de se pensar cientificamente o direito, ou seja, de edificar uma ciência jurídica que possa gozar de utilidade para a vivência mesmo do direito. Face às recentes reviravoltas epistemológicas no campo da teoria da ciência, uma semelhante ríspida negativa seria, para além de simplificadora, evidência de desconhecimento de causa. O que se quer fazer notar é tão-somente a inexistência de uma única forma de se pensar o fenómeno jurídico, isto é, a impossibilidade de se sustentar uma cientificidade correta, porque pura, e a viabilidade de emprego de plurais métodos na empreita da investigação do direito,⁷⁹ com a ressalva não excepcionável de que nenhum deles logrará propiciar um conhecimento preciso e irretocável dessa realidade que não se deixa mediante instrumentos métricos, isto é, a régua e a compasso, desvendar.

Não obstante o carácter de aparente evidência das assertivas acima, a percepção de que é assim que tudo se passa requer mínima lucidez que parece ausente no grosso da literatura contemporânea, à medida que são descuradas a interpretação e a decisão jurídicas, que deixam de ser tratadas como constituintes do direito para serem assinaladas como momentos de uma sua aplicação, de tal forma que para essa ciência tradicional do direito, não por uma qualidade intrínseca ao seu objeto, mas por uma determinado articulação delirante da teoria jurídica, lamentavelmente dominante, insistente em reduzi-lo (conscientemente ou não) a um conjunto das proposições jurídicas, permanecem válidas as multicitadas palavras de Juluis Hermann von KIRCHMANN, no sentido de que suficientes seriam três palavras do legislador para que bibliotecas inteiras fossem arruinadas.⁸⁰ O acalentador é que, quiçá, essas bibliotecas talvez já tenham mesmo transpassado o seu tempo de desmoronar.

Talvez, diante dessas constatações, seja de se pensar como resposta plausível à questão acerca de uma cientificidade possível no tratamento do fenómeno jurídico, aquela que consiste em afirmar a necessidade de uma *ciência flexível* para um *direito*

⁷⁹ A respeito da pluralidade de científicidades e métodos possíveis em direito, ver HABA, Enrique P. Sciences du droit – quelle <<science>>? Le droit en tant que science: une question de méthodes. *Archives de philosophie du droit*. Tome 36, 1991, pp – 165-187, p. 165. “Si ce que les jurists font est une <<science>>, encore faut-il mettre au clair quell est son *genre*, son *status* épistémologique, quelle *sorte* de voies méthodologiques elle emprunte. Le point, pour nous, n’est pas celui de trnacher sur le nom - <<science>>, <<art>> ou quelque aure – qui reviendra à l’activité des juristes, mais dégager les exigences, les *garanties* de méthode dont le discours juridique est ou peut être assorti pour arriver à sés conclusions pratiques. Et là, nous le verrons, il n’y a pas une réponse unique, car en réalité nous trouvons un éventail de possibilites méthodologiques qu’il faut distinguer.”

⁸⁰ “Indem die Wissenschaft das Zufällige zu ihrem Gegenstand macht, wird sie selbst zur Zufälligkeit; drei berichtigende Worte des Gesetzgebers und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur.” KIRCHMANN, Julius Hermann von. *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, p. 19.

turbulento, não no sentido de turbulências geradas por uma truculência do jurídico, emblematicamente na corrente afirmação de que o direito tende a permanecer sempre em defasagem com relação à faticidade social, mas numa orientação que se faça consciente de que não há divisas entre direito e realidade, à medida que o acontecer jurídico é marcado pela interpenetrabilidade com os demais ramos da teia social, embutindo faticidade e realizando-se como vivência, a fazer perceber que, por vezes e de modo evidente quando o assunto é o direito, a imobilidade não está nas coisas mesmas, mas na forma pela qual as pensamos.

4. Interpretação e decisão jurídicas

O direito, sustenta-se, se realiza de forma plena na decisão dos casos concretos, oferecendo obrigatoriamente solução aos conflitos emergidos na vida e trazidos ao juízo para que sejam dissuadidos mediante a “dicção do direito” (*iuris dictio*). Com isso não se está dizer que o direito só exista nos foros e tribunais, não havendo juridicidade na ausência da toga de um magistrado. Apenas se propõe que se reconheça que não obstante haja um sem número de relações pautadas em critérios jurídicos a se desenrolar espontaneamente, em todos os lugares e a todos os dias, o que distingue o direito enquanto tal é, primeiramente, a *possibilidade* de que, em havendo conflitos no curso dessas relações, sejam elas levadas ao juízo para lograr uma solução e, definitivamente, o *dever* que têm os julgadores, legalmente investidos e competentes, de oferecer uma resposta à demanda que lhes for submetida, pelo que se pode dizer, sem receios, sob essa perspectiva, que o processo é mesmo o berço do direito pleno.⁸¹ O que particulariza o direito é uma *potencialidade*, a de que haja manifestação judicial sobre quaisquer atos da vida, que quando concretizada se verte em um *dever*, o de decidir.

Assim sendo, os partícipes da vivência jurídica estão submetidos, de certa maneira, à inevitabilidade da decisão, de modo que a única certeza que há em direito, enquanto fenômeno em incessante construção, é a de que haverá uma decisão,⁸² cujo

⁸¹ “Le berceau du droit est le *process*; et le procès est une controverse, qui pour les Roumains aurait pour office d’inventer la solution juste, reconciliant les points de vue des parties adverses”. VILLEY, Michel. De la dialectique comme art de dialogue et sur ses relations au droit. *Archives de philosophie du droit*. Tome 27, 1982, pp. 263-272, p. 270.

⁸² “Uma vez caídos no funil do procedimento, as partes têm de se mover para chegar a uma decisão.” LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: UnB, 1980, p. 97. O *processo*, uma vez iniciado, tende a avançar, caindo para a frente (*pro-caedere*), até encontrar seu necessário e inevitável termo final na prolusão da decisão (*pro-cesso*; para cessar).

conteúdo se desconhece *a priori*, vez que será lapidado conforme as presentes condições de decidibilidade. Porque lidam com o incerto é que hão de atentar os juristas para a relevância da interpretação jurídica, constitutiva do próprio direito a ser realizado nos casos concretos, a qual assume forma específica por conta da implacabilidade da decisão⁸³, que gera a necessidade de abreviação do afazer hermenêutico, ao qual não é dado prolongar-se indefinidamente.⁸⁴

É o direito um fenômeno humano (demasiado humano) que com os homens compartilha mesmo aquela que talvez seja a maior de suas angústias, a de finitude. Com efeito, no âmago do funil procedimental o direito lida de perto com ela, impondo-se ao fenômeno jurídico a fatalidade do fim, estando sempre o julgador obrigado a decidir. Também assim a existência humana, mais dia, menos dia, deparar-se-á com inevitável ponto final. Porque a vida humana manifesta seu esplendor entre dois termos, cuja distância entre si, ainda que de extensão variável, mais ou menos elástica, apresenta-se como demarcável, não podem as discussões jurídicas se prolongar eternamente, à medida que a própria razão de existir do direito não é outra que a resolução de conflitos. Ora, a própria efemeridade humana impõe ao direito que se pronuncie obrigatoriamente, a cada caso, em uma decisão final. Desde aí, pode-se constatar que as decisões jurídicas não encerram em si uma absoluta correição racional, não sendo isso sequer exigível, vez que a vedação do *non liquet* determinado ao julgador que, cedo ou tarde, decida, quer haja omissões legislativas, obscuridades e dúvidas interpretativas ou não, quer tenha ou não havido suficiente lastro probatório para formar uma convicção firme sobre a realidade dos fatos pretéritos reconstruídos no processo.⁸⁵

Não há direito que não aquele que pulsa como vivência, que incide sobre a vida e com ela se confunde, pois busca nela seu substrato, de modo que porque o direito só se manifesta em constante realização, inexistente um direito estático, pairando no ar a espera de uma sua aplicação. Direito pleno é o direito realizado na decisão jurídica, o que não significa dizer que direito seja aquilo que decidem os julgadores, mas permite

⁸³ “(...) l’obligation de juger (...) donne une structure essentielle et spécifique à notre mode de penser en le différenciant radicalement du penser philosophique ou scientifique, qui ne se sont pas soumis à cette contrainte.” BALLWEG, Ottmar. La riotnalité prudentielle. *Archives de philosophie du droit*. Tome. 23, 1982, p. 157.

⁸⁴ “Plus encore que ce n’est nécessaire aux discussions des philosophes, il s’impose que’un terme soit mis aux controverses judiciaires.” VILLEY, Michel. De la dialectique comme art de dialogue et sur ses relations au droit, p. 271.

⁸⁵ Francesco Carnelutti já o expressara de forma tão contundente, quanto sintética: “Il giudice decide non perché sa ma come se sapesse”. CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958. p. 265.

rechaçar de pronto que sejam eles simples bocas a pronunciar as palavras da lei, de modo que se faz evidente o caráter constitutivo da interpretação jurídica,⁸⁶ como a dizer que o direito é produto de processos hermenêuticos desencadeados para que se obtenha uma decisão,⁸⁷ que o determina e integra desde sempre,⁸⁸ pelo que não se pode separar interpretação e aplicação do direito.⁸⁹

Nessas linhas, compreende-se a interpretação jurídica como momento constitutivo do direito, afigurando-se como um processo de ordem intelectual e volitiva no curso do qual opera o intérprete uma série de conexões, valendo-se ou não do instrumental decisório que lhe é fornecido, composto por um todo de proposições normativas, provenientes da atividade legislante ou não, e tendo em conta relatos

⁸⁶ Tal já se reconhece, na literatura jurídica brasileira, pelo menos desde a década de 70: “A obra construtiva do direito pela jurisprudência, na sua ação simplesmente interpretativa da lei, é imensa. Demais, com o poder de declarar leis inconstitucionais, pode deixar de aplicar um sem número delas. Além disso, em muitos casos, decide suprimindo a lacuna da lei e até do costume, e dispõe como se fosse legislador. Como, então, dizer que ação de julgar é mera execução de lei, simples atividade sublegal? É querer imprimir como verdade puro conceito, fruto da lógica formal, esquecido de que o direito é regra de vida, norma para condicionar as relações sociais, desconhecendo assim, a realidade das coisas.” BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*, 2 ed, Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 152.

⁸⁷ “Ma per cogliere il segreto dello sviluppo del diritto mi sembra occorra rendersi conto di come l’interpretazione sia posta in funzione della applicazione della norma al caso e l’applicazione a sua volta possa così ricondursi al risultato dell’interpretazione. E cio appunto perchè l’interpretazione giuridica mira a stabilire una norma applicabile, così sfuggendo sempre e necessariamente a un quadro meramente storiografico.” ASCARELLI, Tulio. In tema di interpretazione ed applicazione della legge. (letera al pro. Carnelutti). In: ASCARELLI, Tulio. *Problemi giuridici*. T. 1. Milão: Giuffrè, 1959, p. 153.

⁸⁸ “A interpretação não é um ato posterior e ocasionalmente complementar à compreensão. Antes, compreender é sempre interpretar, e, por conseguinte, a interpretação é a forma implícita da compreensão (...) na compreensão sempre ocorre algo como uma aplicação do texto a ser compreendido à situação atual do intérprete (...) a aplicação é um momento tão essencial e integrante do processo hermenêutico como a compreensão e a interpretação. (...) Aqui, compreender é sempre também aplicar.” GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 6 ed. Petrópolis: Vozes, 1997, pp. 406-408.

⁸⁹ Eis o que se lê nas instigantes páginas de Fritz SANDER. “Geht man aber von der ontologischen zur funktionalen Betrachtungsweise über, so lassen sich „Auslegung“ und „Anwendung“ des Rechtes nicht scheiden. Im rechtsverfahren als der Methodik der rechtlichen Reihenbildung heben „Auslegung“ und „Anwendung“ des Rechtes einander auf: es gibt keine „Auslegung“ ohne „Anwendung“, d. h. es lässt sich kein Sinn der Rechtsbegriffe ohne ihre Beziehung auf rechtserhebliche Tatsachen feststellen, es gibt aber auch keine „Anwendung“ ohne „Auslegung“, d. h. gerade und nur in der Beziehung auf rechtserhebliche Tatsachen erschließt sich der Sinn der Rechtsbegriffe.” *Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? Kritische Studie zur Rechtslehre Hans Kelsen*. Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1921, p. 11. Outra não é a constatação de Carlos COSSIO. “(...) se aplica la ley interpretando, de modo parecido a como en la ejecución del violinista queda aplicada la partitura que escribió el compositor. Se aplica la ley interpretando; y esto significa que únicamente se la puede aplicar concretando o creando determinaciones más individuales dentro de la ley.” *El derecho en el derecho judicial*. Buenos Aires: Guillermo Kraft Ltda, 1944, p. 45. Também assim, mais recentemente, no Brasil, registrou o hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal. “Interpretação e aplicação não se realizam autonomamente. O intérprete discerne o sentido do texto a partir e em virtude de um determinado caso dado; a interpretação do direito consiste em *concretar a lei em cada caso*, isto é, na sua *aplicação*. Assim, existe uma equação entre interpretação e aplicação: não estamos, aqui, diante de dois momentos disitintos, porém frente a uma só operação. *Interpretação e aplicação* consubstanciam um processo unitário, se superpõem”. GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 84.

fáticos que lhe são apresentados, a fim de talhar a norma de decisão para o caso concreto.⁹⁰ Porque o direito se presta à resolução de conflitos, não se aperfeiçoando plenamente senão na decisão jurídica, é que se fala aqui em uma *hermenêutica decisional*, no sentido de atentar para singularidade da interpretação jurídica, de caráter prático e institucional,⁹¹ como momento necessário à realização do direito, concretizada na decisão jurídica.⁹²

Especificamente, aqui, cuidar-se-á daquela que no âmbito da tipologia⁹³ interpretativa é a modalidade de interpretação que particularmente há de interessar àqueles que se propõem a pensar o direito, qual seja, a *interpretação autêntica*,^{94,95} de

⁹⁰ “(...) l’interprétation juridique vise l’ensemble de opérations mentales nécessaires à la solution de cas d’espèce à l’aide des données juridiques faisant autorité.” OST, François e KERCHOVE, Michel van de. *Interprétation. Archives de philosophie du droit*. T. 35, 1990, pp. 165-190, p. 170. Perceba-se que mesmo em autores mais desapegados com relação a teoria tradicional, esta com frequência se faz aparecer: de modo algum o que singulariza a interpretação jurídica é o fato de se exercitar sobre textos que gozam de autoridade.

⁹¹ “Die juristische Interpretation unterscheidet sich von anderen Arten der Interpretation durch ihren praktischen und ihren institutionellen Charakter.” ALEXY, Robert. *Juristische Interpretation*. In: ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs*. Studien zur Rechtsphilosophie. Frankfurt: Suhrkamp, 1995, pp. 71-92, p. 73. “(...) c’est l’existence d’un organe compétent, qualifié pour dire le droit, qui apparaît ainsi comme l’élément distinctif qui différencie le droit (...)”. PERELMAN, Chaim. À propos de la règle du droit. *Réflexions de méthode*. In: PERELMAN, Chaim. *La règle de droit*. Bruxelles: Études publiées par Chaim Perelman, 1971, p. 314.

⁹² “Le droit étant fait pour être appliqué, l’interprète du droit doit toujours chercher le sens applicable à une situation donnée.” KALINOWSKI, Georges. *L’interprétation du droit: ses règles juridiques et logiques. Archives de philosophie du droit*. T. 30, 1985, pp. 171-180, p. 173.

⁹³ É frequente encontrar nos diversos textos que constituem o discurso jurídico uma espécie de tipologia interpretativa que procura divisar o afazer interpretativo conforme *seus autores, o objeto a ser interpretado, as diretivas a serem seguidas e os resultados da interpretação*. Dessa categorização não se tratará aqui.

⁹⁴ Interessante observar como aquilo que se designa por *interpretação autêntica* oscila de conformidade com a concepção de direito que se adote. Embora aqui se a compreenda no sentido kelseniano de uma “interpretação do Direito pelo órgão que o aplica” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 388) é bastante frequente encontrar na literatura referências à interpretação autêntica como aquele vinculante porque emanada do órgão responsável pela criação do direito, numa perspectiva que mantém um abismo entre criação e aplicação do jurídico, a fim de identificar no momento legiferante a única hipótese de atividade criadora do direito. Interessante trazer à cola que se lê, já em obra de 1839, na qual se a apresenta como espécie da “interpretation legalis” realizada por cada juiz: “Sie geht aus von der gesetzgebenden Gewalt, und richtig darum den Richter zur Befolgung ihres Inhalts. (...) Die authentische Interpretation ist für den Richter sein neues Gesetz, sondern der erklärte und als verstanden vorgelegte Inhalt eines alten Gesetzes. Die vorgelegte Ansicht ist aber zugleich legislatorische Wille, und gilt darum unbedingt.“ ” KIERULFF, Johann Friedrich Martin. *Theorie des Gemeinen Civilrechts*. Band 1. Altona, 1839, p. 36.

⁹⁵ “Cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública (...) representam forças produtivas de interpretação (*interpretatorische Produktivkräfte*); eles são intérpretes constitucionais em sentido lato, atuando nitidamente, pelo menos, como pré-intérpretes (*Vorinterpretieren*). Subsiste sempre a responsabilidade da jurisdição constitucional, que fornece, em geral, a última palavra sobre a interpretação (com a ressalva da força normatizadora do voto minoritário). Se se quiser, tem-se aqui uma democratização da interpretação constitucional”. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: SAFE, 2002, p. 15. A interpretação autêntica é a única apta a realizar o direito de forma plena, pois é somente ao cabo dela que se produz norma jurídica vinculante, veiculada em decisão jurídica pelo órgão autorizado. As

modo que são as normas no curso dela produzidas que irão se irradiar sobre a vida dos sujeitos de direitos,⁹⁶ fazendo-se impor a partir de uma decisão jurídica, assim qualificada pela simples circunstância de ter sido emanada de um agente competente para tal, ao cabo de um procedimento legalmente definido.⁹⁷ Eis que se está a tratar daquela interpretação levado a cabo pelo julgador, no curso de um processo decisório que culminará com a prolação da norma do caso.⁹⁸ Diz-se autêntica porque se conecta invariavelmente à realização do direito, apresentando-se como operação indispensável sem a qual não poderá ele alcançar a sua plenitude, de modo que sua autenticidade está no seu caráter de interpretação jurídica por excelência, vez que sempre reconduzível à atividade jurisdicional,⁹⁹ fazendo se concretizar o direito nos casos concretos, na prolação da decisão jurídica: o próprio acontecer do direito é constituído

demais interpretações, empreendidas pelos vivos de uma determinada experiência jurídica, existem e com base nelas orientam-se os sujeitos na cotidianidade, entretanto, não são aptas a produzir vinculação, pelo que não granjeiam para si o *status* de autenticidade.

⁹⁶ “L’interpretazione há ad oggetto non norme fatte e rifinite, ma piuttosto disposizioni – ossia enunciati in língua – suscettibili di molteplici interpretazioni. Soprattutto – dal momento che le disposizioni non hanno un solo e univoco significato, suscettibile di semplice conoscenza – l’interpretazione è attività non meramente conoscitiva, ma valutativa e **decisoria**.” GUASTINI, Ricardo. *Il giudice e la legge. Lezioni di diritto costituzionale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1995, p. 19. (grifou-se)

⁹⁷ Com efeito, uma decisão será jurídica desde que prolatada pela autoridade competente, com observância do devido procedimento legal. Seja ela válida ou não, produza os efeitos almejados ou não, será ela jurídica e afirmar o contrário perfaz atitude que não terá senão efeitos retóricos. Tal não significa que a decisão proferida seja inquestionável, que não virá a ser cassada por uma instância superior e, tampouco, que não possa ter sua legitimidade atacada desde um ponto de vista ético. “Tal como o direito tem vigência sem considerar se serve satisfaz ou não aos fins em razão dos quais foi criado, e tal como o direito processual tem vigência sem considerar se serve ou não ao direito material a que deve servir, assim também a sentença, que deve simultaneamente fixar a situação jurídica material e a correção do procedimento, alcança a força de coisa julgada sem considerar que talvez tanto possa contradizer ao direito material quanto chegar à formação incorreta processual.” RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 263. “Repito que o princípio da sujeição a precisos limites substanciais, à lei, por exemplo, não constitui requisito essencial da natureza jurisdicional de uma decisão ou processo. O princípio da “sujeição à lei” proclamado, por exemplo, no artigo 101 da Constituição italiana, exprime certamente regra fundamental de muitos ordenamentos jurídicos, mas não elemento imprescindível da jurisdicionalidade. Não obstante tal regra, mesmo no nosso ordenamento os juízes ou alguns juízes podem ser investidos do poder de basear suas próprias decisões, mais do que na lei, na ‘equidade’ ou em outros vagos e praticamente vazios símbolos de valor, e nem por isso deixarão de ser juízes. Quem poderia negar, por estarem baseadas na *aequitas* ou na *conscience*, o caráter jurisdicional das decisões emitidas já há dois milênios pelos juízes da roma clássica, ou há alguns séculos pelos chamados chanceleres ingleses?” CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: SAFE, 1993, p. 24. Deixarão, no entanto, os juízes de sê-lo, caso recusem-se, estando presentes as condições procedimentais, a decidir.

⁹⁸ “Die *authentische Interpretation* ist die Interpretation durch Organe, die durch die Rechtsordnung zur verbindlichen Festlegung des Sinnes einer Norm ermächtigt werden.” ALEXY, Robert. *Juristische Interpretation*, p. 74.

⁹⁹ “(...) l’interpretation débouche sur le processus même de <<signification>> ou de production-reproduction du sens juridique: à la limite, il se ramène à la *juris-dictio*, au <<dire>> le droit.” OST, François e KERCHOVE, Michel van de. *Interprétation. Archives de philosophie du droit*. T. 35, 1990, p. 170.

hermeneuticamente, mediado pelos feitos processuais. O intérprete, aqui também julgador, não apenas diz o direito, mas o cria e impõe.¹⁰⁰

Se se quiser levar a sério a vivência jurídica, há que se assumir a impossibilidade de se conceber o direito como esgotado no momento legiferante, impondo-se como necessária a distinção entre disposições normativas e normas jurídicas. As disposições podem ser compreendidas como resultado da atividade legiferante e são ditas normativas porque se pretende que sirvam de parâmetro para uma futura e possível norma jurídica, que com elas não se confunde e que somente se irá conhecer na decisão jurídica, pelo que as disposições se fazem (com mais propriedade, podem se fazer) objeto (não só elas, mas também) da interpretação jurídica.¹⁰¹ Na esfera da juridicidade, essas disposições apresentam-se sob a forma de proposições jurídicas, à medida que sugerem um modelo de conduta a ser adotado pelos sujeitos de direito e ao mesmo tempo intencionam servir de instrumental decisório, colocando-se à disposição do julgador, como proposta de solução às diversas situações conflitivas que se lhe apresentam. Propõem-se, em síntese, a funcionar como moldura dentro da qual o intérprete há de proceder o afazer hermenêutico, sem que isto esteja a significar que os limites pretensamente oferecidos por uma tal moldura venham sempre a ser observados.

Normas jurídicas, por sua vez, definem-se como resultado da atividade interpretativa, não se acatando aqui que sejam somente o significado atribuído pelo intérprete à proposição jurídica selecionada para incidir sobre um dado caso, vez que

¹⁰⁰ Tal estado de coisas se faz evidente desde as raízes da *jurisdictio*, bastando atentar para a etimologia da palavra a fim de se constatar o irrefutável caráter criador das decisões jurídicas. Com efeito, o verbo latino *dicere*, integrante do vocábulo *jurisdictio*, quer significar uma imposição ou mandamento, não podendo ser traduzido, sem perda de sua original carga semântica, para o português *dizer*, que não denota a força transmitida pelo latim *jurisdictio*. “In primo luogo si è inteso **dicere** come “enunciare”, “pronunciare”, “esprimire”, dimenticando che o proprio in materia di rapporti giuridici **dicere** no ha valore dichiarativo, ma costitutivo di “statuire”, “fissare”, “imporre”. Basterebbe ricordare: **dictatorem dicere, dotem dicere, edicere, interdicare**”. GIOFFREDI, Carlo. *Contributi allo studio del processo civile romano*: note critiche e spunti ricostruttivi. Milano: Giuffrè, 1947.p. 10. Assim, a própria etimologia do vocábulo denota o caráter constitutivo da jurisdição, bem como realça a idéia de poder, que lhe é inerente. “lo que el juez dice es el derecho en el sentido de que el ius iungit, esto es, el derecho vincula mediante las relaciones jurídicas, esto es, establece poderes y deberes (...)” CARNELUTTI, Francesco. *Lección sobre le proceso penal*. v. III. Buenos Aires: Bosch, 1950.

¹⁰¹ “(...) oggetto dell’interpretazione non è una ‘norma’, ma un testo (o un comportamento); é in forza dell’interpretazione del testo (o del comportamento) e perciò sempre in forza di un dato che a rigore può dirsi ‘pasato’, ‘storico’, che si formula la ‘norma’ (come ‘presente’ ed anzi porietatta nel ‘futuro’). Questa uma volta espresa torna necessariamente ad essere ‘texto’.” ASCARELLI, Túlio. *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell’interpretazione*. In: ASCARELLI, Tulio. *Problemi giuridici*. Milano> Giuffrè, 1959, pp. 139-152, p. 140. “L’oggetto dell’interpretazione giuridica è perciò costituito da enunciati: gli enunciati normativi.” TARELLO, Giovanni. *L’interpretazione della Lege*. Milano, Giuffrè, 1980, p. 107. “A disposição é (parte de) um texto ainda por ser interpretato; a norma é (parte de) um texto interpretado”. GUASTINI, Ricardo. *Das fontes às normas*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 26.

também uma determinada versão dos fatos, isto é, a interpretação das próprias circunstâncias fáticas integra o conteúdo da norma jurídica e, ademais, é possível que o intérprete não parta de qualquer proposição jurídica previamente dada para cunhar a norma de decisão. Com isso, afasta-se qualquer idéia que venha a sugerir uma incidência automática das proposições jurídicas sobre os fatos da vida, de forma que a própria interpretação abrange também a seleção das proposições jurídicas que o intérprete venha a entender por aplicáveis a um determinado problema, passando pela atribuição de um significado aos critérios decisórios por ele eleitos (quando houver) e culminando com solução do conflito mediante a confecção de uma norma jurídica, que, ademais, embutirá necessariamente uma determinada dimensão fática, consistente na interpretação pelo julgador realizada acerca dos relatos fáticos efetuados pelos litigantes.

Trata-se de perceber que a atividade interpretativa cria o direito e que esta sua criação se irá externalizar na decisão jurídica, que se faz a própria norma do caso em questão, pelo que só é norma jurídica a norma de decisão.¹⁰² Entretanto, afirmar a norma jurídica como resultado da atividade interpretativa não significa dizer grande coisa se não se faz remarcar algum atributo específico dessa norma jurídica, formulada para o caso no curso de um processo hermenêutico, que a distinga das meras proposições jurídicas. Destarte, essa definição de norma jurídica como resultado da interpretação, que, repita-se, não incidirá apenas sobre proposições jurídicas, mas também sobre relatos fáticos, há de ser complementada pelo acréscimo de que norma jurídica é enunciado que se singulariza pelo seu caráter *vinculante*, o qual somente se aperfeiçoa na decisão jurídica. É desde aí que aquilo que era tão somente possibilidade de direito torna-se direito de fato, ou melhor, realiza-se como direito,¹⁰³ infiltrando-se na vida dos homens de forma imperativa, independentemente de suas vontades. Na decisão é que o direito materializa sua intencionalidade normativa, vez que é nela que aquilo que se pretendia *permitido, proibido ou obrigatório* se impõe como mandamento

¹⁰² “(...) la ley y la sentencia, son realizadas por el propio decisor. Imponer una pena o sancionar una ley pueden ser comparadas con una donación: la donación de un reloj se realiza con el acto de donación. De manera similar, la ley es constituida por la decisión.” AARNIO, Aulis. Derecho y acción. Reflexiones sobre las acciones jurídicas colectivas. *Revista Isonomia*. N. 8, Abril, 1998, p. 114. “A rigore, la norma vive como ‘norma’ solo nel momento nel quale viene applicata e perciò appunto ogni applicazione di una norma richiede l’interpretazione di un testo (o di un comportamento) e cioè in realtà la formulazione (ai fini dell’applicazione) della norma.” ASCARELLI, Tulio. *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell’interpretazione*, p. 140.

¹⁰³ “Las leyes no tienen otra existencia que la das normas individuales; la ley sólo en la sentencia y demás normas individuales; fuera de ellas es um pensamiento y nada más.” COSSIO, Carlos. *El derecho en el derecho judicial*, p. 52-53.

inescusável. Se não se faz anotar isso, recai-se em infértil disputa lingüística ao distinguir-se proposição jurídica e norma jurídica e insistir-se na inexistência dessa anteriormente à decisão. O ponto nevrálgico resiste nisso, que a *obrigação* verdadeiramente jurídica, capaz de vincular os viventes, somente surge com a norma do caso.¹⁰⁴

Em nada se distinguiria a normatividade jurídica não fosse o seu caráter vinculante, que se faz mediar pela decisão do julgador, interprete autêntico (porque autorizado), constitutiva de norma jurídica estabelecedora de obrigação que, anteriormente ao *decisum*, inexistente de forma juridicamente plena,¹⁰⁵ em que pese possam os viventes se conduzir em conformidade com os parâmetros de conduta encontráveis nas proposições jurídicas, fazendo-o de acordo com específica interpretação, que não necessariamente irá coincidir com aquela levada a cabo pelos órgãos jurídicos no momento de eventual realização judicativo decisória. A espontânea adesão às proposições jurídicas não elide a possibilidade de conflito que, acaso trazido a juízo, ensejará decisão, esta sim constitutiva de norma jurídica vinculante, isto é, determinante de vinculação irresistível, que se poderá implementar mediante o recurso a coerção externa jurídica. Nem mesmo aquelas situações em que há aparência de irresistibilidade e, portanto, de obrigatoriedade plenamente jurídica, como o *desforço imediato* ou a *prisão flagrante*, se apresentam como vinculações jurídicas, à medida que

¹⁰⁴ “Rechtlich verbindlich ist nur die durch einen Willensakt des die generelle Norm anwendenden Organs gesetzte individuelle Norm, deren Geltung nicht im Wege einer logischen Denkkonstruktion erzielt werden kann.” Kelsen, Hans. *Allgemeine theorie der normen*. Viena: Manzsche Verlags – und Universitätsbuchhandlung, 1979, p. 198. “Eine Pflicht liegt dann und nur dann vor, wenn die Nichterfüllung selbst eine Rechtsfolge hat.” Schreier, Fritz. *Grundbegriffe und Grundformen des Rechts*. Entwurf einer phänomenologisch begründeten formalen Rechts – und Staatslehre. Leipzig und Wien: Franz Deuticke, 1924, pp. 73.

¹⁰⁵ Les textes des prescriptions que l’on trouve dans les journaux officiels ou les compilations législatives, les textes de normes donc, ne sont pas normatifs. Ils sont incapables d’apporter une solution obligatoire au cas juridique concret. Ce sont les données de départ non (encore) normatives du processus de concrétisation. (...) Sont par contre normatives les normes de droit et les normes-décisions élaborées au cours du processus de concrétisation. (...) L’étude du rapport de la normativité avec le texte de norme, la norme juridique et la norme-décision conduit à la notion de *structure de la norme*. (...) La normativité désigne la propriété dynamique d’une norme (...) propriété d’ordonner la réalité qui lui est sous-jacente en même temps que d’être conditionnée par cette réalité.” Müller, Friedrich. *Discours de la méthode juridique*, pp. 187-188. Friedrich Müller define a normatividade jurídica, enquanto distintiva do direito, como *processus*, de modo a sugerir que a obrigatoriedade do direito possui um caráter processual. Essa construção está aí ligada, sobretudo, à leitura consistente em avistar nos “textos normativos” ponto de partida vinculante, isto é, necessário aos julgadores para a construção de norma de decisão. Daí falar em concretização e não em realização do direito, em que pese se reconheça a criatividade do processo interpretativo. Como já realçado no corpo do texto, há que se atentar para o caráter contingencial dessa situação, isto é, da construção da norma de decisão a partir de proposição jurídica encontrável em corpos legais, vez que há sempre a possibilidade de que a decisão não tome por ponto de partida critério decisório algum, inclusive radicando em convicções ideológicas do juiz, não obstante a necessidade de fundamentação. Há que se lembrar que nada garante a coincidência entre os motivos e a motivação, entre as razões reais e as razões públicas (declaradas).

sua efetividade não é senão provisória, vez que a qualquer momento poderá incidir decisão determinando o desfazimento dessas situações, ordenado em norma jurídica vinculante emanada de órgão jurídico competente: poderá o juiz entender que não se configuraram os pressupostos para a deflagração de jurídico desforço ou de prisão, assim como poderá confirmá-los em sua juridicidade. Aliás, é para isso mesmo que se vai a juízo, isto é, a fim de se obter uma decisão constitutiva de norma vinculante¹⁰⁶ e, para aquele caso, definitiva, de modo que ninguém se dirige, por meio de petição, ao juiz com intuito de contar as novidades ou de solicitar por conselhos, mas tão somente para obter o acerto jurídico de um conflito emergido no seio da vida social. A força do direito se exerce com plenipotência somente na decisão.¹⁰⁷

É preciso ter presente que essa norma de decisão, embora possa e mesmo deva ter como ponto de partida uma determinada proposição jurídica, não necessariamente assim se apresentará, vez que o direito se insere na complexidade da vida e toma-lhe de empréstimo a incerteza, que se transfere ao intérprete tanto no que diz respeito ao sentido das proposições jurídicas quanto às reais evidências empíricas do caso, de forma que o resultado da atividade interpretativa não necessariamente será reconduzível à moldura oferecida pela proposição jurídica selecionada,¹⁰⁸ apresentado-se, não raras vezes, como produto de conexões intelectuais inalcançáveis por quaisquer sistematizações.¹⁰⁹ Resta clarividente, dessa forma, uma incompatibilidade quase ôntica

¹⁰⁶ *Vínculo* designa *atadura, liame*. Aquilo que *ata, liga ou aperta* impondo *condição ou restrição*. Do latim *vinculum*, a significar *liame, aço, ligadura, prisão, cadeia ou grilhão*, no sentido de *vincire*, isto é, de amarrar, atar, prender, ligar, juntar, conter, cercar ou fortificar. Esse o *vínculo jurídico* a definir obrigação limitadora da vontade dos viventes submetidos à força da norma de decisão, somente ela determinante de vinculação irresistível, ligando as partes por compromisso garantido pela coerção externa jurídica.

¹⁰⁷ “Nicht bloß durch das stumme Wort des Gesetzes verkündet der Staat seine Rechtsgebote, Rechtsermächtigungen, Rechtsverbote, sondern auch und sogar noch viel bestimmter und eindringlicher durch den Mund des Richters. Sowohl der richterliche Rechtspruch wie das Gesetz sind Akte der rechtsordnenden Staatsgewalt. Wie die gesetzlichen, so sind auch die richterlichen Rechtsbestimmungen von der Macht und Zwangsgewalt des Staates erfüllt. Das richterliche Urtheil hat *Rechtskraft*: es trägt die ganze Kraft des Rechts in sich. Der richterlichen Rechtsbestimmung kommt in dem ihr zugewiesenen Bereich die Macht einer unverrückbaren rechtsverbindlichen Anordnung sogar in noch vollere Maße, mit noch stärkerer unmittelbarer Wirksamkeit zu, wie der gesetzlichen, bloß abstrakten Rechtsnormierung. Die *Rechtskraft* ist stärker als die *Gesetzeskraft*. Das rechtskräftige Urtheil behauptet sich, selbst wenn es dem Gesetz zuwiderläuft. Nicht schon mit den gesetzlichen, sondern erst mit den richterlichen Rechtsbestimmungen spricht die rechtsordnende Staatsgewalt ihr *letztes Wort*.” BÜLOW, Oskar von. *Gesetz und richteramt*. Leipzig: Verlag Duncker und Humboldt, 1885, p. 110.

¹⁰⁸ “(...) importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa.” Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 394.

¹⁰⁹ “El juez, como transformador de la información fáctica y normativa previas, es una caja negra; no sabemos qué ocurre dentro de ella, no nos interesan los procesos psicológicos e gnoseológicos que

entre direito e certeza, sem embargo da pretensão de retidão que lhe endereça, sobretudo desde o suposto desencantamento de mundo propiciado pela racionalização levada a cabo no seio da modernidade.¹¹⁰ Reitere-se, o direito é demasiado humano para se lhe revestir com o manto da previsibilidade: em direito, até mesmo o passado, que noutros campos seria supostamente resgatável num esforço de memória, faz-se *incerto*, pois conflitam acerca deles versões que se pretendem ambas verídicas e acerca das quais terá o julgador de optar. O que dizer então acerca da calculabilidade e do mapeamento dos delineamentos futuros, a depender de um sem número de variáveis todas elas em si mesmas resistentes à certificação, vez que lidam de perto com o humano: eis aí eventuais confissões com as quais já não mais se contava, documentos que se pensava extraviados, perícias que se revelam fraudadas e assim por diante.¹¹¹

Tem-se, então, a interpretação jurídica, como escolha dentre várias alternativas possíveis, que se irá concretizar em uma norma de decisão, cuja correção não poderá ser verificada cientificamente, inexistindo *método* que garanta o alcance de uma única resposta correta.¹¹² A própria complexidade do afazer hermenêutico, lidando com

puedan explicar los sucesos dentro de esa caja negra, dentro de la cabeza del juez. Lo que importa es lo que el juez produce cuando firma su sentencia... los hechos no son otra cosa sino aquello que el juez declara al respecto, al resolver el caso”. VERNENGO, Roberto Jose. *La interpretación jurídica*. México: UNAM, 1977, p. 11.

¹¹⁰ Discorda-se, aqui, da ponderação de Norberto BOBBIO, para quem a certeza é dado essencial ao direito, por se a pensar não como atributo do direito mesmo, mas como espécie de “ópio dos homens” com relação à juridicidade, sobretudo num projeto moderno de direito. “(...) la certzza del diritto, anziché essere una illusione di individui viziati da infantilismo inguaribile, sai un elemento intrinseco del diritto, si che il diritto o è certo o non è neppure diritto, e che a togliere di mezzo la certezza non si libera l’umanità da una nociva illusione, ma la si priva letteralmente del sussidio e del rimedio del diritto.” La certezza del diritto és un mito? *Rivista internazionale di filosofia del diritto*. Ano XXVIII, serie III, jan/mar. 1951, pp. 146-152, p. 150. O apego a certeza e sua apologia costumam aparecer naqueles autores que (re)produzem concepções legalistas do fenômeno jurídico, definindo-se certeza como *ausência de arbítrio*, no plano dos julgamentos, vez que estariam vinculados ao texto das leis, e à previsibilidade, que implicaria o conhecimento das proposições normativas pelos cidadãos, algo que se faz contraditar pela realidade. “Ecco qualcosa dunque che i miei maestri non m’hanno raccontato ma la vita s’è incaricata di mettermi in chiaro: questo far sapere a ciascuno cio ch’egli può volere è un beneficio che per poterlo godere bisognerebbe che le leggi fossero poche; ma invece sono molte, molte e si succedono rapidamente, anzi vertiginosamente l’una all’altra; e nel groviglio della loro moltitudine gli uomini si smarriscono come in un labirinto. Oh! la certezza...” CARNELUTTI, Francesco. La certezza del diritto. In. OÑATE, Flavio Lopez de. *La certezza del diritto*. Milão: Giuffrè, 1968, p. 195.

¹¹¹ O que é suficiente para afastar qualquer tentativa de reduzir a ciência do direito a uma *profecia* das decisões judiciais, numa sugestão não apenas de que o direito se reduz ao *decisum*, o que já fora acima refutado, mas sobretudo, de que estas decisões, **por reitardas**, são previsíveis. “The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law”. Holmes, Oliver Wendell. The path of Law. *Harvard Law Review*. Vol. X. Cambridge, Mass: The Harvard Law Review Publishing Association, 1897, p. 461. Registre-se aqui: *profecia* quer significar *predição do futuro*. (Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa).

¹¹² “à une disposition légale peut correspondre une multitude de normes, car différents individus peuvent associer des idées tout aussi différentes au même fragment de texte.” GRZEGORCZYK, Christophe et STUDNICKI, Thomasz. Les rapports entre la norme et la disposition légale. *Archives de philosophie du droit*. T. 19, 1974, pp. 243-256, p. 244.

proposições normativas que não são mais que possíveis parâmetros decisórios e com relatos fáticos que não são senão versões parciais mediante as quais se pretende estar reconstruindo uma verdade histórica,¹¹³ e estando envolvido de perto com a condição de ser-no-mundo do intérprete, que penetra no caso desde o lugar de sua pré-compreensão,¹¹⁴ torna insustentável a tese de que haja em direito espaço para uma só resposta,¹¹⁵ a ser desentranhada das proposições jurídicas.¹¹⁶ Quer como verdade oculta

¹¹³ E há que se fixar isso, que o intérprete não lida diretamente com os fatos da vida, vez que tem somente acesso a relatos fáticos, pelo que há de interpretar outras interpretações. “(...) é proposta uma Verdade pela petição inicial e uma outra Verdade surge da contestação. Inúmeras vezes o fundamento das duas Verdades encontra-se no mesmo código, sob o mesmo artigo.” DINIZ, Arthur José Almeida. O direito como magia, p. 21.

¹¹⁴ A *pré-compreensão* integra-se daquelas noções vulgares ou pré-noções, de certo modo combatidas por Émile DURKHEIM. “Não é possível o homem viver no meio das coisas sem fazer delas idéias segundo as quais o seu comportamento é regulado. Porém, como essas noções estão mais próximas de nós e mais ao nosso alcance do que as realidades a que correspondem, tendemos naturalmente a substituí-las a estas últimas e a fazer delas a própria matéria das nossas especulações (...) Produtos da experiência vulgar, eles (os pré-conceitos) têm, antes de tudo, como objetivo, por as nossas ações em harmonia com o mundo que nos rodeia; são formados pela prática e para ela. (...) Os homens não esperam pelo advento da ciência social para conceber idéias sobre o direito, a moral, a família, o Estado e a própria sociedade, pois não podem passar sem elas para viver.” *Regras do método sociológico*. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2004, pp. 42 e 44. Em Hans Georg GADAMER, a centralidade da pré-compreensão se calca no *conceito* de *pré-conceitos*. “Quem quiser compreender um texto, realiza sempre um projetar. Tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete prelineia um sentido do todo. Naturalmente que o sentido somente se manifesta porque quem lê o texto lê a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado. (...) É só o reconhecimento do caráter essencialmente preconceituoso de toda compreensão que pode levar o problema hermenêutico à sua real agudeza. (...) Em si mesmo, ‘preconceito’ (*Vorurteil*) quer dizer um juízo (*Urteil*) que se forma antes do exame definitivo de todos os momentos determinantes segundo a coisa em questão. No procedimento da jurisprudência um preconceito é uma pré-decisão jurídica, antes de ser baixada uma sentença definitiva.” *Verdade e Método*. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica, pp. 356 e 360. Finalmente, mencione-se um mapeamento do que seja a pré-compreensão de um enfoque jurídico. “De tal manera, constituyen precisamente la base en función la cual *se entiende*, el mundo donde uno vive, sobretudo el de lo social. En el seno de este último, o sea, de unos u otras formas (las aprendidas) de *ver-lo*, está inmersa asimismo la comprensión del texto, sin excluir las formas como procede técnica jurídica. Aunque esta última si ciñe también, desde luego, o tales o cuales particularidades profesionales, ello no quita que los juristas compartan, las precomprensiones dominantes en su medio. Con base en ellas precisamente, es como entendien los textos del derecho, pues estos se refieren esencialmente a cuestiones de la vida social.” HABA, Enrique P. Précomprensiones, racionalidad y métodos, en las resoluciones judiciales. *Revista jurídica Doxa*, n. 22, 1999, pp. 48-78, pp. 57-58. Saliente-se que um maior detimento conceitual em torno da pré-compreensão, bem como um aprofundamento nessa temática ultrapassam ao fôlego previsto para as presentes reflexões.

¹¹⁵ “(...) não se aplica, em parte alguma do direito, a limitada e limitante lógica do tudo ou nada, sequer no plano das regras, porque, sem cair no ceticismo interpretativo que embaralha texto e normatividade, a autonomia do objeto será de molde a viabilizar a ingênua negação da intersubjetividade. (...) nítida a implausibilidade de soluções únicas e excludentes. (...) A inexistência de única resposta correta tem a ver, ainda, com a inviabilidade de direitos propriamente absolutos, já que os direitos se afirmam como direitos entre outros – portanto, relativos.” FREITAS, Juarez. A melhor interpretação constitucional “versus” a única resposta correta. In: Virgílio Afonso da Silva (org). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 317-356, pp. 321-322.

¹¹⁶ Com isto não se está a afirmar que sejam todas as proposições jurídicas destituídas de qualquer sentido, previamente à interpretação. “A constatação de que os sentidos são construídos pelo intérprete no processo de interpretação não deve levar à conclusão de que não há significado algum antes do término desse processo de interpretação. Afirmar que o significado depende do uso não é o mesmo que sustentar que ele só surja com o uso específico e individual. Isso porque há traços de significados mínimos

a ser descoberta pelo intérprete no interior da juridicidade,¹¹⁷ quer como meta a orientá-lo na função decisória,¹¹⁸ não se pode articular com êxito, em direito, a idéia de que haja, para cada caso, uma única resposta correta, o que não se deve apenas a fatores de incerteza ligados à textura da linguagem jurídica, como a ambigüidade, a polissemia, a vagueza ou à porosidade. Com efeito, a contra-argumentação que somente nisso se centra peca por olvidar algo de essencial: não se interpreta apenas *textos*. Problemas atinentes à compreensão lingüística das proposições jurídicas são apenas parte do desafio com que se depara o órgão judicante, o da resolução de um caso jurídico. Para além das proposições, nas diferentes situações concretas estará o julgador às voltas com antagônicas versões dos fatos e também da interpretação que delas vier a fazer dependerá a resposta que irá se externalizar na decisão.¹¹⁹ Algo que parece primário é que atribuir ao juiz, gente como a gente, de carne e de osso,¹²⁰ a tarefa de não apenas

incorporados ao uso ordinário ou técnico da linguagem.” AVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 4 ed., São Paulo: Malheiros: 2005, p. 24.

¹¹⁷ A esse respeito, sustentando a tese da única resposta correta em sentido forte, conferir: DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 158-164. Talvez tenha sido em reflexões acerca de teses como esta, da única resposta correta, que Castanheira NEVES tenha escrito as seguintes afiadas linhas, a respeito da necessidade de “denúncia e desmistificação do academismo metódico de que não raro a metodologia jurídica tem sofrido ao enunciar esquemas que ignoram os verdadeiros problemas e as exigências decisivas com que se depara a prática jurídica, e por isso nessa prática nunca cumpridos – trata-se daqueles <<métodos de escola>> que, como observa ESSER, <<para o juiz não significam nem auxílio, nem controle>>” NEVES, Castanheira. *Metodologia jurídica*. Problemas fundamentais, pp. 14-15.

¹¹⁸ “(...) en los procesos de creación y aplicación del derecho los participantes tienen, necesariamente, una pretensión de corrección. La cual incluye una pretensión de corrección moral”. ALEXYY, Robert. Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral. Tradução de P. Larrañaga. In: ALEXYY, Robert. *Derecho y razón práctica*. México: Fontamara, 1993, pp. 37-58, p. 45. Robert Alexy faz uma espécie de releitura da tese dworkiana, apresentando uma sua formulação mais débil, em que reconhece que talvez o juiz, mesmo o Hércules de que fala o jurista norte-americano, seja incapaz de alcançar a resposta correta exigível para cada caso. Entretanto, irá afirmá-la como pressuposto ideológico necessário à tomada de decisões, que em caso de não satisfação dessa meta da única resposta correta são tomadas como deficitárias na sua própria juridicidade.

¹¹⁹ Demais disso, essa tese da única resposta correta encontra-se conexas a uma determinada leitura ética do direito que supõe a si mesma como acertada e que pretende por conta de sua correição axiológica poder-se impor como ideal. Nem é preciso considerações tecer quanto à dificuldade de uma tal sustentação em meio às sociedades eticamente fragmentadas, porque plurais, dos tempos presentes. “En la mayoría de los juicios los litigantes disputan solamente sobre hechos como, por ejemplo, si cierto día Gross hizo una promesa a Gentle, o si Tit golpeó Tat. Como, en la época de producirse la prueba, éstos son hechos pasados, el tribunal de primera instancia – un juez (en un caso sin jurado) o un jurado – no pueden observarlos. Todo lo que el juez o el jurado pueden hacer es formarse una creencia sobre hechos pasados. Esa creencia se forma después de escuchar la declaración de los testigos que han observado (o pretenden haber observado) esos acontecimientos. En la mayoría de los pleitos los testigos declaran en audiencia pública y sus declaraciones discrepan. Los hechos, a los fines de la sentencia, no son necesariamente los hechos reales. Ellos son, en el mejor de los casos, las creencias del juez de primera instancia o del jurado sobre esos hechos reales pasados.” FRANK, Jerome. *Derecho e incertidumbre*. 2 ed. Buenos Aires: Fontamar, 1993, p. 26.

¹²⁰ “(...) el texto tiene que pasar por la cabeza del juez, y también por su boca, para transformarse en derecho que tenga *realidade*. (...) Ahora bien, resulta que también los jueces son ‘de carne y hueso’. (...) La particularidade del juez, y en general de los juristas como tales, se halla en (...) sus conocimientos profesionales. Precisamente *esse* conocimiento del juez, los elementos que integran sus saberes, en gran

retirar do invólucro das proposições jurídicas um verdadeiro sentido que sequer se pode afirmar existente, à medida que raros são os consensos lingüísticos ordinários, quanto mais os de linguagem jurídica; de enxergar a realidade fática implícita nos relatos parciais que lhe são oferecidos e, ainda, de proceder nisso tudo incumbido de um suposto espírito do direito de cada época, escrevendo, a cada caso, no imenso livro do direito, que acumula a tinta da pena dos jurista dos tempos precedentes, uma nova página que guarde a mais absoluta coerência com todas as anteriores, é exigir do magistrado que seja ultra-humano, isto é, o próprio e encarnado Hércules, algo que, sequer é preciso insistir, inexistente, sobre a terra, em lugar algum.¹²¹ Ora, disso resulta que somente se poderá falar em resposta única, em direito, se se estiver a referir à necessidade de que haja uma só solução para cada caso, de forma que a escolha por uma dentre as várias alternativas possíveis (e sempre haverá mais de uma alternativa) implicará a renúncia, *in casu*, a todas as demais.

Eis aqui a *aporia* com que convive o direito. Não há em seu seio *situações de isomorfia*, a dispensar a interpretação porque clarividente a resposta por elas reivindicadas, mas há, a todo momento, o *dever de decidir* compelindo o intérprete a uma decisão, a qual será talhada no curso de processo hermenêutico que não se deixa submeter aos condicionamentos metódicos. Os tradicionais cânones hermenêuticos não podem sequer granjear *status* de métodos de interpretação, à medida que não há possibilidade de se impor à vivência jurídica caminhos que necessariamente haveriam de ser seguidos a fim de se alcançar resultados determinados. Filosoficamente, define-se

parte está conformado por enseñanzas recibidas en la Facultad de Derecho, lo que leyó en sus textos de estudio. Unas nociones técnicas difundidas en el seno de su profesión, su especialidade, que son de recibo en los tribunales. *Esa* es la especialidad del juez, no? O sea, que en su mente hay un <<sector>> - no es la totalidad de sus conocimientos!- sujeto a cierta conformación discursiva, ciertos hábitos de razonamiento, la costumbre de efectuar ciertas relaciones lógicas que no efectúa el comun de la gente. Pero, repito, eso es solamente *una parte* de su conocimiento, no es todo lo que piensa o sabe (o cree saber) el juez.” HABA, Enrique Pedro. *Metodología jurídica irreverente*. Elementos de profilaxis para encarar los discursos jurídicos terrenales. Madrid: Dykinson, 2006, pp. 25-26.

¹²¹ Avassaladora a desconstrução operada por Aulis AARNIO. “una manera de formular el núcleo de la crítica es preguntar: qué ocurre si hay dos Hércules J.? Ambos son ciertamente seres racionales pero son capaces de resolver genuínos *problemas axiológicos*? Esto es importante, porque las elecciones finales en el razonamiento jurídico no descansan solamente sobre la racionalidad del procedimiento del razonamiento jurídico no descansan solamente sobre la racionalidad del procedimiento del razonamiento y las estructuras libres que aseguran la discusión ideal. El otro factor decisivo es el <<*in put*>>, es decir, los datos que se introducen en la discusión. En fin, Hércules J. también está vinculado v. g. a los *intereses* que presenta o está obligado a presentar en el discurso. Hablando toscamente, ellos no abordan el problema desde el mismo – o incluso similar – punto de vista. *Por consiguiente* dos o mais Hércules J. *pueden* alcanzar varias respuestas no equivalentes pero igualmente bien fundadas. Si se pretende ahora que una de las respuestas dadas es <<mejor>> que las otras o que es la única correcta, hay que tener algún criterio para esta postura. Y además, hay que salir fuera de la discusión, lo que significa recurrir a un *metaHércules* J., y así sucesivamente.” La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico. *Revista jurídica Doxa*. N. 8, 1990, pp. 23-38, p. 32.

método como *procedimento de investigação organizado, repetível e autocorrigível, que garanta a obtenção de resultados válidos*,¹²² definindo-se assim um procedimento que é incompatível com a própria realidade da vivência jurídica, constantemente em mutação e no âmbito da qual não se sustentam pretensões de certeza, em que não há espaço para respostas únicas. Destarte, lá aonde a teoria tradicional (e dominante) enxerga métodos de interpretação, não há senão *estratégias argumentativas*, cujo valor está não em condicionar e garantir uma determinada decisão, que, já se disse, será produto de ilações nem sempre racionalizáveis,¹²³ mas sim em possibilitar uma justificação das escolhas realizadas no curso da atividade interpretativa.

A inafastabilidade da decisão traz consigo a necessidade de que convivam os partícipes da vivência jurídica com o irracional, vez que se em tese pode-se compreender a atividade interpretativa como um jogo, em parte regulamentado, em parte deixado à verve criativa dos jogadores, em direito há que se reconhecer que a arbitrariedade, ainda que não desejável, invariavelmente, vem dar as suas caras,¹²⁴ donde inexistente um controle possível sobre o processo hermenêutico, sendo mesmo questionável, para não se dizer ilusória, o caráter de *garantia* da exigência de fundamentação do *decisum*,¹²⁵ vez que bem sabido é que não raras vezes motivações e reais motivos não coincidem. As razões públicas não necessariamente coincidem com as razões reais, que podem permanecer oculta e mesmo não serem tão racionais quanto se desejaria saber. Assim, se é que é possível uma teoria da interpretação, precisa ela se

¹²² ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 668.

¹²³ Em sentido contrário: “Nous ne nions pas, par ailleurs, l’existence d’un moment d’irrationalité au sein du droit, mais nous estimons cette question marginale, et cela pour deux raisons: premièrement, parce qu’il n’est pas possible d’analyser rationnellement l’irrationnel, donc l’étude en est impossible et, deuxièmement, parce que le droit se trouve prémuni contre l’irrationnel présent en son sein (les mécanismes d’interprétation et la présomption irréfutable, fondamentale pour le droit, de la rationalité du législateur d’un côté, et les mécanismes de contrôle judiciaire, administratif et politique de l’autre, permettent d’éliminer l’irrationnel même s’il apparaît ponctuellement dans l’activité juridique.” GRZEGORZYK, Christophe. La rationalité de la décision juridique. *Archives de philosophie du droit*. T. 23, 1978, pp. 237-256, pp. 240-241.

¹²⁴ “Il en résulte que l’interprétation judiciaire n’est pas seulement un jeu réglé, mais encore ouvert à une certaine liberté de l’interprète où la subjectivité, la fantaisie, voire l’arbitraire, *a priori*, ne sont pas nécessairement absents”. OST, François et KERKOVE, Michel van de. Le <<jeu>> de l’interprétation en droit: Contribution à l’étude de la clôture du langage juridique. *Archives de philosophie du droit*. T. 27, 1982, pp. 395-410, p. 406.

¹²⁵ Há, no entanto, quem aposte na argumentação levada a cabo na justificação das escolhas hermenêuticas como artifício para controlar o afazer interpretativo, intentando-se evitar que se faça pura invenção: “the central problem in legal interpretation is how to justify the choices between (semantically and/or legally) possible alternatives. Having achieved this task, the scholar gives an answer to the question: why this and not some other interpretation is the proper one?” AARNIO, Aulis. Argumentation theory and beyond. Some remarks on the rationality of legal justification. *Rechtstheorie*, 14, 1983, p. 389.

habituar à impossibilidade de se desvendar as maneiras pelas quais o intérprete alcança uma determinada formulação normativa.

Entretanto, não se pode ceder ao simplismo para imaginar que somente de irracionalidade se faz uma decisão jurídica. Uma análise que se pretenda realista não pode se dar ao luxo de descurar que para lá de uma simples polarização, em que o irracional preponderaria inevitavelmente, há, sobretudo no arranjo assumido pela juridicidade nos tempos coevos, uma tensão, essa sim inafastável, entre racional e irracional, no momento da realização judicativo-decisória do direito. Em que pese não sejam as decisões jurídicas estritamente racionais e sequer possam, com alguma perspectiva de êxito, almejar a sê-lo, há uma aspiração à racionalidade¹²⁶ que, mítica ou não, traduz-se, na realidade jurídica dos diferentes estados contemporâneos, na exigência de fundamentação das decisões judiciais.¹²⁷ Com efeito, trata-se de mandamento que reconduz a uma necessária fundamentação a inevitável decisão jurídica, procurando conferir aparência de racionalidade ao momento decisório que, última análise, termina por restar entregue a uma manifestação volitiva do incumbido da resolução de um conflito trazido a juízo. Em que pese o caráter amplamente questionável da possibilidade de uma fundamentação verossímil, que traduza os reais motivos da decisão - inclinando-se o observador minimamente crítico ao quase imediato ceticismo, no sentido de pensar-se essa exigência como mais uma ilusão, como que uma solitação por ser enganado -, o fato é que a necessidade de motivação do *decisum* é uma constante na estrutura dispositiva das diferentes experiências jurídicas, que termina por realçar a tensão entre racional e irracional no seio do exercício da judicatura. Afinal, terá o julgador de reconduzir sua decisão final a uma argumentação aceitável, nem tanto

¹²⁶ Trata-se da incombátível ânsia pela certeza que acompanha a história do direito. Incombátível porque, como detectar Minor SALAS, faz elemento ineludível da cultura jurídica, o que significa dizer que mesmo os mais escrachados realistas terão de sempre leva-la em conta nas suas análises, fazendo-se até mesmo vãs as tentativas de extirpá-la. “Es del Derecho (y de su ‘ciencia jurídica’) de donde las comunidades políticamente organizadas extraen una buena dosis de sus expectativas y anhelos sociales (paz, seguridad jurídica, igualdad, justicia). De allí que ninguna sociedad podría aceptar que la cantera teórica de la cual obtiene su ideário espiritual, sea una verdadera *Cajá de Pandora*, una fuente de opciones irracionales y absurdas. *El mito sobre la racionalidad del Derecho constituye, por lo tanto, un elemento ineludible de toda cultura!*” *Qué significa fundamentar una sentencia?* O del arte de redactar fallos judiciales sin engañarse a si mismo y a la comunidad jurídica. (*mimeo*), pp. 1-18, p. 3.

¹²⁷ Num breve exercício de “direito” comparado, poder-se-á constatar que, em grande número dos países insertos na cultura jurídica ocidental, a exigência de fundamentação das decisões judiciais reveste-se de força constitucional. Assim, exemplificativamente: constituição brasileira, art. 93, IX (...); constituição portuguesa, “Artigo 205.º (Decisões dos tribunais) 1. As decisões dos tribunais que não sejam de mero expediente são fundamentadas na forma prevista na lei.”; constituição belga, “Art. 149. Tout jugement est motivé. Il est prononcé en audience publique.”; constituição italiana, “Art. 111. Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati.”

para as partes envolvidas, pois sabido é que a elas, qualquer argumentação se faz inócua, para o vencedor porque lhe basta saber que seu pleito foi concedido e para o vencido porque racionalização alguma irá tornar-lhe palatável a perda do pleito, bem como nem tanto à opinião pública, vez que também sabido é que impera um alto limiar de indiferença dos terceiros processuais quanto àquilo que decidem os juízes nas causas alheias, mas, sobretudo, aceitável às instâncias superiores, à medida que por um dado da configuração jurídica ocidental presente, que traz consigo o duplo grau de jurisdição, a assonância com o pensamento dos tribunais tem se tornado, lastimavelmente, condição de efetividade das decisões de primeiro grau. Entretanto, a margem de manobra oferecida pela própria linguagem é bastante larga e quer parecer que mesmo a exigência de fundamentação das decisões não se faz capaz de afastar do direito algo que lhe é intrínseco, enquanto fenômeno humano, que é o despontar da irracionalidade.¹²⁸

Posto isto, assumindo-se a interpretação como constitutiva de um direito que inexistente, *a priori*, de forma plena e que somente se faz aperfeiçoar na decisão jurídica, a evidenciar a impossibilidade de se encontrarem normas jurídicas como realidades estáticas à espera de sua aplicação, vez que são elas produto do afazer hermenêutico, a significar que toda a estrutura dispositiva não é senão um direito em potência, é que se irá indagar da adequação ou não do emprego do modelo sistêmico ao fenômeno jurídico, tendo-se em conta suas formulações mais frequentes, insistentes em identificar o direito com um *conjunto de normas*. Entretanto, anteriormente a esse passo, impõe-se um detimento sobre uma determinada manifestação histórica da juridicidade, que canaliza, hoje, não apenas as pretensões de *certeza e racionalidade*, mas que, em direito, faz-se núcleo a partir do qual se articulam as construções que se supõem sistemáticas, rumando-se para a desconstrução da constituição, equivocadamente identificada aos documentos constitucionais, como garanta da unidade do direito, a fim de lançar hipótese de reinterpretação do próprio sentido e do alcance de um direito constitucional.

¹²⁸ “hay que hacerse a la idea de que la irracionalidad humana se comporta como la Cabeza de la Hidra, que cuantas más veces se corta, más veces renace y con mayor fuerza.” SALAS, Minor. *Qué significa fundamentar una sentencia?* O del arte de redactar fallos judiciales sin *engañarse* a si mismo y a la comunidad jurídica. (*mimeo*), pp. 1-18, p. 4. Talvez resida justamente aí, no muito de irracional que há no homem, a explicação plausível para as suas eternamente re-emergentes pretensões de certeza...

PARTE II - CONSTITUIÇÃO

1. *Desvelando mitos: daquilo que é consubstante em uma constituição*

Em perspectiva que se faça ciente da *historicidade* do fenômeno jurídico, ao examinar-se o direito tal como esculpido temporalmente, num encadeamento de um sem número de variáveis, atrai a atenção uma singular manifestação da juridicidade, que tem sido colocada no centro de diferentes formulações dogmáticas que se propõem a pensar o direito e que, quer no imaginário dos juristas, quer no dos ditos cidadãos, se apresenta como *locus* de certa *esperança* de ordenação e tranqüilidade social, sobretudo à medida que incorpora em si a promessa moderna dos *direitos humanos*.

Constituição, integralmente concebida, é realidade que se evidencia em toda e qualquer organização política, a significar, numa projeção possível, a inexistência de Estados (ou de quaisquer comunidades políticas organizadas) destituídos de realidade constitucional, o que permite identificar as origens das constituições lá no surgimento das civilizações: enquanto consubstanciadora de uma comunidade política é dela parte essencial, de modo que se a constituição é algo que constitui, somente *será* determinado grupamento humano individuado politicamente naquilo que *é* constituindo-se perpetuamente, mediante arranjos e rearranjos concernentes ao exercício do *poder*. Considerar a idéia de constituição como uma fonte recente de direito,¹²⁹ a qual não se reveste do caráter de constante histórica no acontecer do fenômeno jurídico, para pensá-

¹²⁹ Se há algo que se pode pensar como recente, não é a constituição, mas sim o *pensamento constitucional*, ou, mais propriamente, a *teoria da constituição*, ligada que está ao advento do iluminismo e do racionalismo, fundantes da modernidade e difusores de certa ideologia jurídico-constitucional consistente em propagar a necessidade de documentos constitucionais, a fim de se resguardar determinados interesses caros a grupos políticos circunstancialmente dominantes. “(...) Embora seja possível – em termos de teoria do Estado, por exemplo – dizer que ‘em sentido amplo’ a constituição é algo coessencial ao Estado e todo Estado sempre teve constituição, o pensamento constitucional, em suas incidências mais definidas, é um fenômeno da história *contemporânea*.” SALDANHA, Nelson. *Formação da teoria constitucional*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 3-4. Também assim, a aglutinação de proposições constitucionais em conjunto, num documento legislativo, que tem sido apontada como recente na história do direito, de modo que é lugar comum apontar o texto constitucional dos Estados Unidos da América, de 1787, como primeira manifestação de “constituição escrita”, não pode ser reputada correta, em consonância com a interpretação que adiante se irá aqui desenvolver. Não se pode, por exemplo, ignorar a evidência histórica de uma constituição (em verdade, constituições) de Atenas, registrada por Aristóteles. Por conveniente, saliente-se a impossibilidade de se pensar o episódio histórico das constituições antigas da mesma forma pela qual se tem pensado o fenômeno constitucional contemporaneamente. “(...) no hay duda de que existió una constitución de los antiguos. Tal constitución obviamente no tenían relación alguna con la constitución de los modernos. Los antiguos no tenían ninguna <<soberanía>> que limitar ni, sobre todo, habían pensado jamás en la constitución como norma, la norma que en el tiempo moderno sería llamada a separar los poderes y garantizar los derechos.” FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución*. De la antigüedad a nuestros días. Tradução de Manuel Martínez Meira. Bologna: Editorial Trotta, 2001, pp. 29-30.

la, então, como *nova* face à *imemorialidade* das origens do direito é algo que se reputa, aqui, por equivocado, à medida que é conclusão resultante de uma perniciosa assimilação que os juristas têm, em todos os tempos, levado a cabo, consistente em tomar por idênticos direito e *corpos legais*, o que, em caso, significará equacionar constituição e documento constitucional. Embora não se vá descer nesse estudo às profundezas da história constitucional, convém destacar isso, que constituição é algo que independe de um documento constitucional, isto é, de uma formalização escrita, antecedendo, enquanto manifestação do direito que o acompanha sempre, cronologicamente, quaisquer tentativas de corporificação de um quadro político determinado em enunciados lingüísticos veiculadores de proposições jurídicas, ou seja, num texto de lei.¹³⁰ Destarte, quando se lê em escritos de jusconstitucionalistas diversos a afirmação de que é recente a constituição, via de regra está-se perante reducionista e enganosa sinonimização de duas realidades distintas, que embora possam se integrar, não são espelho uma da outra. Tal confusão conceitual é decorrência de certo fetichismo recorrente que recentemente ganhou fôlego renovado à época das codificações, enclausurando-se conceitualmente a realidade jurídica em disposições textuais. No que de perto aqui interessa, tem-se no vislumbre do documento constitucional como fonte irradiadora de uma inédita segurança jurídica, desencadeador de um anseio, generealizado entre os juristas, pela constituicionalização, a um só tempo, reflexo e causa de acentuação desse fetichismo. Dito de outro modo, o documento constitucional não é senão fonte, porção visível do manancial caudaloso da vivência jurídica, jamais vindo à tona cruamente, isto é, na ausência de precedentes, assim entendido o conjunto de crenças, necessidades e tradições históricas, bem como acontecimentos não remotos, ocorridos nas imediações da promulgação da carta política, que de forma mais ou menos intensa irão influenciar-lhe a conformação.

¹³⁰ Eis o que, certo modo, havia já diagnosticado Joseph de MAISTRE no ano de 1814, em que pese a sugestão implícita da existência de um *direito natural* a embasar a positividade jurídica, registrada no excerto seguinte, a qual, aqui, não se corrobora: “La constitución *natural* de las naciones es siempre anterior a la constitución *escrita*, y puede prescindir de ella (...) toda ley constitucional solo es manifestación de un derecho anterior o de un dogma político.” *Ensayo sobre el principio generador de las constituciones políticas*. Buenos Aires: Dictio, 1980, pp. 221-222. Ratifica-se, para fins de adequação com o que se vai sustentar, o raciocínio do constitucionalista alemão em demarcando, entretanto, que não se trata apenas da existência de uma constituição anterior ao documento constitucional, mas com mais acerto, de uma concomitância entre ambos, à medida que aquilo que constitui não cessa de constituir a si mesmo.

A *vontade de constituição*¹³¹ ou o *sentimento constitucional*¹³² emergem historicamente como espécie de reação aos desgastes do legalismo durante largo período imperante, numa tentativa de se buscar colmatar as rachaduras por ele sofridas e causadas, sob os auspícios do mito da *racionalidade do legislador*,¹³³ reconduzível à identificação das leis com uma quase-metafísica *vontade geral*.¹³⁴ É mesmo a afirmação da *supremacia das constituições*,¹³⁵ sobretudo nas experiências jurídicas do pós segunda

¹³¹ “A Constituição transforma-se em força ativa (...) se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. (...) pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*). HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris. 1991, p. 19.

¹³² “Con la expresión <<sentimiento constitucional>> (*Verfassungsgefühl*) se toca uno de los fenómenos psicológico-sociales y sociológicos del existencialismo político más difíciles de captar. Se podría describir como aquella conciencia de la comunidad que, trascendiendo a todos los antagonismos y tensiones existentes politicopartidaristas, economicosociales, religiosos o de otro tipo, integra a detenedores y destinatarios del poder en el marco de un orden comunitario obligatorio, justamente la constitución, sometiendo el proceso político a los intereses de la comunidad. Este fenómeno pertence a los imponderables de la existencia nacional y no puede ser producido racionalmente (...) la formación del sentimiento constitucional depende ampliamente de los factores irracionales, de la vivencia histórica de un pueblo, especialmente de si la constitución ha salido airosa también en épocas de necesidad nacional.” LOEWENSTEIN, Kral. *Teoria de la constitución*. 2 ed. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1983, p. 200.

¹³³ Elucidativas as palavras de Chaim PERELMAN, acerca dessa hipótese da racionalidade do legislador, subjacente a concepção *legalista* de direito, em si mesma reação histórica a uma determinada pujante manifestação do *jusnaturalismo*. “*Cette hypothèse méthodologique, servant de fondement à l’interprétation de la loi, présuppose que le législateur connaît la langue qu’il utilise, ainsi que le système dans lequel son oeuvre s’insère, qu’il cherche à en sauvegarder la cohérence, qu’il ne fait rien d’inutile, qu’il adapte les moyens aux fins recherchées, qu’il raisonne dans un cadre de préférences admises, ce qui permet d’appliquer au texte de la loi les arguments a pari, a fortiori et a contrario.*” Raisonnable et déraisonnable en droit. *Archives de philosophie du droit*. Tome 23, 1978, pp. 35-42, p. 36.

¹³⁴ Transcrevem-se aqui as constatações de Paolo GROSSI, na descrição do nascimento de uma mística legal, que, de certo modo, ainda se encontra presente no imaginário jurídico. “nasce a mística da lei; essa pesada hipoteca da civilização jurídica moderna; a mística da lei enquanto lei, uma herança do absolutismo régio que a Revolução do final do século XVIII acolherá sem piscar, intensificando-a e tornando-a cada vez mais rígida em relação às aberturas subsistentes do Antigo Regime, sob o acobertamento de simulacros democráticos. E, em clima de conquista e ostentada secularização, será sacra a lei intrinsecamente injusta, assim como será sacra a lei redigida e promulgada por um soberano idiota (...) no clima pré-revolucionário e revolucionário, a lei receberia um ulterior reforço, o democrático, graças a afirmada (mesmo se não demonstrada) coincidência entre vontade legislativa e vontade geral.” *Mitologias jurídicas da modernidade*, pp. 40-41. Ver também CARRÉ DE MALBERG. *La Loi*. Expression de la volonté générale. Paris: Sirey, 1931.

¹³⁵ Veja-se, exemplificativamente, a significação que a essa *supremacia* atribui GARCIA de ENTERRÍA. “(...) la Constitución no sólo es una norma, sino precisamente la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, *lex superior*. Por varias razones. Primero, porque la Constitución define el sistema de fuentes formales del Derecho, de modo que sólo por dictarse conforme a lo dispuesto por La Constitución (órgano legislativo por ella diseñado, su composición, competencia y procedimiento) una Ley será válida o un Reglamento vinculante; en este sentido, es la primera de las <<normas de producción>>, la *norma normarum*, la fuente de las fuentes. Segundo, porque en la medida en que la Constitución es la expresión de una intención fundacional, configuradora de un sistema entero que en ella se basa, tiene una pretensión de permanencia (<<una Ley Perpetua>> era la aspiración de nuestros comuneros) o duración (...), lo que parece asegurarla una superioridad sobre las normas ordinarias carentes de una intención total tan relevante y limitada a objetivos mucho más concretos, todos singulares

grande guerra mundial,¹³⁶ uma das fortes causas responsáveis pela erosão das leis,¹³⁷ vivenciada nos tempos presentes, sujeitas que estão, ao menos em tese, ao controle de sua constitucionalidade, em que pese desde o advento do constitucionalismo,¹³⁸ na sua versão liberal, já tenham sido difundidas discursivamente as constituições, documentalmente pensadas, como fatores de *limitação do poder* (inclusive legislativo), para além de garantes de direitos humanos.¹³⁹

dentro del marco globalizador y estructural que la Constitución ha establecido.” GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. Madrid: Civitas, 1985, pp. 49-50.

¹³⁶ Não obstante, em termos ideais, a supremacia constitucional encontre origens mais remotas nas *leis fundamentais do Reino*; tivesse também anteriormente já sido afirmada nos Estados Unidos da América, no célebre *Marbury vs. Madison* e, inclusive, encontrasse sua formulação teórica lapidar já consolidada na obra de Adolf Merkel, *Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues*, de 1931. Também não se pode olvidar a contribuição de Hans KELSEN, registrada no documento constitucional austríaco de 1920, consistente na atribuição do controle de constitucionalidade das leis a um Tribunal Constitucional, inaugurando-se o mecanismo de controle abstrato, em defesa do qual por inúmeras vezes teve ocasião de se manifestar. Exemplificativamente, tomando a jurisdição constitucional, ao assegurar a supremacia da constituição, como essencial à democracia: “Il modo migliore con cui questa forma di governo può difendersi dai vari attacchi in parte giustificati che attualmente le vengono mossi è proprio quello di organizzare tutte le possibili garanzie della regolarità delle funzioni statali. Più essa si democratizza, più deve esservi rafforzato il controllo. La giurisdizione costituzionale dev’essere apprezzata anche da questo punto di vista. In quanti assicura la formazione costituzionale delle leggi ed in particolare la loro costituzionalità materiale, essa è un mezzo di protezione efficace della minoranza contro gli abusi della maggioranza.” La garanzie giurisdizionale della costituzione (la giustizia costituzionale). In: *La giustizia costituzionale*. A cura di Carmelo Geraci. Milão: Giuffrè Editore, 1981, pp. 143-206, pp. 201-202. O original, em alemão – *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit* – data de 1928.

¹³⁷ “Sur le plan formel, tout d’abord, on peut parler d’une profonde <<dilution de la souveraineté>> de la loi. (...) Une érosion par le dessus, tout d’abord, don’t l’expression la plus évidente reside dans la <<constitutionnalisation de toutes les branches du droit>>, (...) impliquant la responsabilité du législateur e, partant, son contrôle, notamment par le juge constitutionnel.” OST, François et KERCHOVE, Michel van de. *De la pyramide au réseau ? Vers un nouveau mode de production du droit ?* Introduction. pp. 26-27. Disponível em : <http://www.dhdi.free.fr/recherches/theoriedroit/articles/ostvdkpyram.htm>. Acessado em setembro de 2006.

¹³⁸ “(..) el constitucionalismo representa un fenómeno cultural y político propio del mundo moderno que hace efectivos los postulados de la filosofía ilustrada y liberal; (...) alude a un modelo de organización jurídica, a un Derecho existente o que pretende existir (...) como contrapunto al modelo del liberalismo decimonónico, y quizás su rasgo más sobresaliente reside en la existencia de un procedimiento efectivo de control de constitucionalidad de las leyes. Incluso, más ampliamente, cabe decir que la limitación y el control del poder (no solo el control de constitucionalidad) representan el elemento definidor del constitucionalismo.” PRIETO SANCHÍS, Luis. *Constitucionalismo y positivismo*. 2 ed. México: Fontamara, 1999, pp. 15-16. Por hipótese de trabalho, resolve-se aqui estar de acordo com a possibilidade de identificar, contemporaneamente, um conjunto de teses mais ou menos ordenados que se pode reunir sobre esse rótulo, o de constitucionalismo. Entretanto, cumpre ter presente o realismo da advertência de Maurizio FIORAVANTI. “(...) nunca ha existido un constitucionalismo, sino que han existido *varias* constitucionalismo, com la intención, siempre recurrente de representar em el plano teórico la existencia, o la necesidad, de una constitución, de un ordenamiento geral de la sociedad y de sus poderes.” *Constitución*. De la antigüedad a nuestros días, p. 12.

¹³⁹ Tão-somente essa pontual questão do presente estudo bem exigiria uma pesquisa inteira para si. Ocorre que embora tenham sido os documentos constitucionais difundidos, pelo menos desde a confecção da chamada *Magna Charta* inglesa, de 1215, como instrumentos destinados a promover uma contenção do poder a ser exercido nas diferentes organizações políticas, quer parecer que antes têm se prestado tais articulados de determinações constitucionais a uma *legitimação do poder*, vez que não raro são produtos imediatos de soluções de compromisso pactuadas internamente às elites, isto é, aos grupos política e economicamente dominantes em cada momento histórico, não obstante as concessões registradas como

De lá para cá, as constituições, identificadas equivocadamente, pela maior parte da literatura, não apenas com os diferentes *documentos constitucionais*, mas inclusive com uma sua determinada formatação possível e não necessária, qual seja, a daqueles que encerram em si o ideal dos direitos humanos,¹⁴⁰ dos quais as cartas constitucionais hão de ser guardiãs e promotoras, essa fonte datada de direito tem assumido feições de um verdadeiro repositório das mais profundas angústias da humanidade, avistando-se nela verdadeiro bastião daquilo que é eticamente bom e que, por isso, dever ser incansavelmente perseguido.

As constituições, documentalmente visualizadas, colocadas no vértice da construção piramidal de um suposto ordenamento jurídico, centro das formulações sistemáticas do direito, encarnam, hoje, aquele *mito da certeza*, ineludível elemento da cultura jurídica ocidental, que eternamente está a retornar ao seio das discussões. Pensa-se-as como blindagem contra tudo o que há de arbitrário e como espécie de inigualável propiciadoras de uma racionalidade jurídica, guiada pela meta intangível da *concretização* dos direitos humanos, assumindo esses, a condição de *vera* e própria identidade constitucional, a ponto de se afirmar não haver constituição lá onde esses direitos estiverem negados. Com efeito, assumem os documentos constitucionais um pretense lugar ôntico na configuração atual da juridicidade, ao qual recorrem amiúde os

aparentemente benéficas às minorias. Veja-se que mesmo Hans KELSEN apresenta a “constituição” como aparato limitador do poder: “La función política de la Constitución es la de poner límites jurídicos al ejercicio del poder.” *Quién debe ser el defensor de la constitución?* Tradução de Roberto J. BRIE. Madri: Tecnos, 1995, p. 5. Entretanto, que não se apresse o leitor em imputar a KELSEN o mesmo equívoco do grosso da literatura consistente em identificar constituição e documento constitucional. Quando aí se lê constituição há que se ter em mente que o jurista de Viena está a problematizar aquilo que chamou por constituição jurídico-positiva, que figura no ápice da construção escalonada do ordenamento jurídico e é-lhe fundamento de validade, de modo que a despeito de falar em constituição material, está sempre a pensá-la como “realidade normativa” (escrita ou não), apenas. Esta a constituição que, no âmbito da teoria pura, haveria de interessar cientificamente aos juristas. *Teoria pura do direito*, pp. 246-249.

¹⁴⁰ Trata-se, aqui, de uma assunção radical do discurso propulsionado a partir da Revolução Francesa, e emblemático pelo tantas vezes escancarado artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. “Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.” Exemplificativamente, veja-se o excerto seguinte, de Luís Roberto BARROSO: “(...) desde as suas origens, sempre foi da essência da Constituição a separação de Poderes e a garantia de direitos.” Verbete: Constituição. In: *Dicionário de filosofia do direito*. BARRETO, Vicente de Paula (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 147. De forma incisiva, também GARCIA DE ENTERRIA, ao apresentar o significado de constituição como atrelado a um determinado conteúdo. “(...) su contenido lo indica con toda la precisión el famoso art. 16 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789 (...) Fuera de ese contenido, las Constituciones podrán llamarse tales, pero lo serán sólo en un sentido nominalista o semântico.” GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, pp. 41 e 47.

juristas de todos os escalões tão logo se vêem em apuros, por quaisquer motivos, da mesma forma como as crianças acorrem à figura paterna.¹⁴¹

Ocupam os documentos constitucionais essa posição de contenedores de *receita mágica* para a correção das mazelas não apenas jurídicas, mas sociais em sentido amplo, discursivamente propalando-se como missão central dos juristas de nosso tempo a luta pela efetivação dos direitos constitucionais, vez que vencida a etapa da afirmação da *normatividade* daqueles documentos.¹⁴² Opera-se, conscientemente ou não, afigurando-se a segunda alternativa como mais provável, uma simplória substituição de um mito por outro, o da *onipotência da lei* pelo da *supremacia da constituição*, parecendo faltar a percepção de que as cartas constitucionais são também elas construções historicamente datadas, atinentes aos clamores de um determinado tempo e de que essa sua *supremacia* não se faz como juridicamente necessária, isto é, não se apresenta como algo que brota desde a essência do direito, mas tão-somente consiste em mais um *dogma*, cunhado pelo pensamento dogmático como tal, ou seja, como mais um inegável ponto de partida a permitir ulteriores desenvolvimentos conceituais, mas que por si só, nada significa e pouco pode fazer. Da mesma forma como quer parecer situar-se numa região opaca às luzes da lucidez a real configuração daquela fórmula que se faz sustentáculo da *supremacia constitucional*, isto é, da *soberania popular*,¹⁴³ secular

¹⁴¹ Numa possível referência à tese esboçada por Jerome Frank, em seu *Law and Modern Mind* (1930), em que se põe a martelar contra o mito da certeza, conducente à identificação do direito como um *pai para os adultos*, operada em civilizações, aos olhos do realista norte-americano, não suficientemente amadurecidas. FRANK, Jerome. *Law and modern mind*. New York: Brentano's, 1930.

¹⁴² Nesse particular, a mentalidade jurídica permanece orientada pela positividade. O culto pelos documentos constitucionais conduz a uma espécie de obsessão que pretende vê-los realizados a todo custo. “A designação da realidade inconstitucional como realidade constitucional contém, por conseguinte, uma opção – muitas vezes naturalmente inconsciente – contra a Constituição, que é negada à consideração jurídico constitucional. Isso não significa que na vida da coletividade não possa haver realidade que esteja em contradição com a Constituição ou que tal realidade deve ser considerada como insignificante. *O importante é, antes, exatamente dirigir a atenção para ela e fazer aquilo que é necessário para impedir o nascimento da realidade inconstitucional ou para pôr a realidade novamente em concordância com a Constituição.*” HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: SAFE, 1998, p. 52.

¹⁴³ Mesmo no caso da carta constitucional norte-americana de 1787, que passou a história como primeira constituição escrita e como baluarte da supremacia da constituição acentuada na soberania popular, esta não aparece senão como uma forja conceitual. “O movimento que deu origem à Convenção da Filadélfia de 1787 foi, portanto, eminentemente conservador. Não se queria criar o novo, fazer uma revolução, mas preservar o equilíbrio econômico-social ameaçado. (...) A expressão “*We the people*”, do preâmbulo da Constituição de 1787, busca, de acordo com Cântaro, estabelecer uma ficção jurídica que exprime que a comunidade não se governa por um poder estranho (um rei), mas por instituições que são sua direta expressão (constituição), por uma ordem criada pela vontade e pela razão, não fruto da tradição.” BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e constituição: poder constituinte, estado de exceção e os limites da teoria constitucional*, Tese apresentada ao concurso de proferimento de título junto ao departamento de direito do estado – área de direito constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2005, pp. 119-120.

versão da outrora central *soberania divina*,¹⁴⁴ para a qual profanos altares jurídicos soerguem-se, imunes à percepção de que, sobretudo nas atuais condições de alheamento dos homens ao político, face à virtualização da arena pública, não se trata de outra coisa que uma atualização daquela já desvelada mítica *vontade geral* a respaldar a *onipotência legislativa*.¹⁴⁵

É mesmo uma constante a recorrência, nos discursos jurídicos contemporâneos, a categorias retórico-formais, como *princípios gerais*, *direitos fundamentais* e mesmo à banalizada *constitucionalização* como antídotos auto-evidentes às ranhuras da juridicidade, mediante a reivindicação ativa pelo cumprimento da constituição. Vive-se uma verdadeira *ubiquidade constitucional*,¹⁴⁶ no plano discursivo, em que se quer a todos os ramos do direito constitucionalizar, apresentando-se tal como a grande novidade do pensamento jurídico contemporâneo,¹⁴⁷ a significar um giro copernicano consistente em se colocar as leis em função dos documentos constitucionais e não mais o contrário. Verifica-se uma profissão de fé quase-religiosa às constituições. A empolgação é tanta que não seria absurdo imaginar, estampado nos veículos com que desfilam os juízes constitucionais pelas avenidas da hoje *informatizada polis* adesivo com o dístico: *Jesus é fiel. E a Constituição, Salva*.

¹⁴⁴ “Todos os conceitos da teoria do Estado moderna são conceitos teológicos secularizados. Não somente de acordo com seu desenvolvimento histórico, porque ele foi transferido da teologia para a teoria do Estado, à medida que o Deus onipotente tornou-se o legislador onipotente, mas, também, na sua estrutura sistemática, cujo conhecimento é necessário para uma análise sociológica desses conceitos.” SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 35.

¹⁴⁵ “Fruto do conflito de forças político-sociais, cuja resolução vem pela superação, não pelo escamoteamento, a constituição precisa ser desmistificada, sob o risco de se tornar um instrumento de dominação ideológica.” BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e constituição: poder constituinte, estado de exceção e os limites da teoria constitucional*, p. 9.

¹⁴⁶ “A Constituição tornou-se ubíqua. (...) o discurso da doutrina brasileira sobre o tema da constitucionalização do direito é quase sempre apologetico. A constitucionalização apontada como algo intrinsecamente bom, redentor até – e aqui os típicos excessos retóricos da academia brasileira têm plena vazão. Afirma-se que constitucionalizar o ordenamento jurídico implica aperfeiçoá-lo e aproximá-lo dos ideais de justiça – igualdade, liberdade, solidariedade etc. – presentes no texto magno.” SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. *Revista de Direito do Estado*. Ano 1, n. 2, abr/jun., 2006, pp. 83-118, pp. 83 e 86.

¹⁴⁷ Parecem olvidar os juristas que tal constitucionalização é mesmo compulsória no âmbito da própria matriz conceitual de que, deliberadamente ou não, utilizam-se para sustentar a primazia das constituições, qual seja, a da *teoria da construção escalonada do ordenamento jurídico*, tal qual concebida por Adolf Merkel e lapidada por Hans Kelsen, em que, certo modo, todo o direito, normativamente concebido, é constitucional, vez que o critério da própria pertinência de uma norma à ordem jurídica é o de sua conformidade constitucional, sem o que não apenas não pertence a norma ao ordenamento, como sequer existe juridicamente, já que inválida. “El *derecho administrativo* se destaca de la especie *derecho* mediante estas dos notas: *que se deriva de la Constitución y que se aplica por órganos que ejecutan la ley y en especial por órganos administrativos*. En forma más saliente el *derecho administrativo* es un *producto de la Constitución y de las fuentes jurídicas subordinadas a ella, y regla productora de la administración*.” MERKL, Adolf. *Teoria General der Derecho Administrativo*. México: Editora Nacional [S.D], p. 114.

Trata-se de perceber, aqui, a relatividade dessa que é uma solução histórica, que de modo algum pode aspirar à extemporaneidade, ao menos não dentro dos mesmos contornos com que se a pensava quando de suas origens que, ainda que recentes, se pensa no dominante conceito ideal que se faz de documento constitucional, correspondiam a um arranjo histórico não enquadrável às configurações presentes da vida humana, em incessante renovação nas suas formas organizacionais.¹⁴⁸ Não se está, entretanto, a rechaçar a validade desses documentos constitucionais aos tempos presentes, mas se quer chamar a atenção para o fato de que, em que pese se consubstanciarem em verdadeiras conquistas históricas, são também instrumentos contingentes e que se prestam à defesa de interesses contingentes, de modo que, se se quiser continuar a apostar em alguma utilidade jurídico-constitucional, terá de se adequar o pensamento aos contornos que a realidade histórica tem assumido, com a ciência de que, de forma não previsível, dentro em pouco esses contornos estarão novamente a se redesenhar, vez que demasiado humanos para granjear perenes estabilidades.

Trata-se de um necessário despertar para a equivocidade de interpretação constitucional que hoje se faz dominante, insistente em assimilar não apenas constituição e documento constitucional, mas, sobretudo, em reduzir um ao outro e condená-los a uma formatação específica, aquela da tripartição dos poderes e da garantia dos direitos humanos, o que implica mais que sinonimizar constituição e *corpo legal*, incorrendo-se no deslize de se universalizar um contingente e não necessário arranjo histórico, forjando uma sua atemporalidade, fazendo equivalente constituição e um singular tipo de documento constitucional, talvez circunscritível, com acerto, ao fenômeno de positividade constitucional tal qual aflorado na modernidade.

¹⁴⁸ Bartolomé CLAVERO escancara a dificuldade dos constitucionalistas em pensar as condições presentes sem apelo às soluções históricas, tornadas tradicionais e necessárias pela literatura jurídica. Acompanhe-se a provocante problematização acerca da perplexidade gerada pela não contemplação, por parte da “Carta Constitucional Européia”, da garantia da separação dos poderes: “Ante las evidencias, existe la posibilidad de negarse que la Constitución Europea lo sea más que de nombre pues no cumple un mínimo. Se está haciendo esto incluso por constitucionalistas de reconocido prestigio, pero, si el Tratado prospera, me temo que es una alternativa condenada a la extinción incluso por mucho que pueda cargarse de razones. Puede decirse que Europa no será constitucional, pero porque ya lo es. El Tratado es ahora un elemento más, uno que no toma tanto la determinación como pone en evidencia la omisión del principio de separación de poderes (...)La historiografía y la doctrina constitucionalistas no perderán su hábito de hacer de sus principios en el derecho principios en el tiempo. ¿De dónde podrá partirse si se pierde el asidero confortable de la separación de poderes como clave de bóveda?” Constitución europea y historia constitucional: el rapto de los poderes. *Revista Electrónica de Historia Constitucional* Número 6 - Septiembre 2005, parágrafo 5.

Com efeito, há que se discordar da interpretação que identifica o documento constitucional norte-americano de 1786 como sendo a primeira “constituição escrita”. Está-se, é mister reiterar, a operar com conceito ideal, supondo-se só haver constituição (não distinguida de sua documentação – sempre parcial) onde haja separação de poderes e contemplação de um rol de direitos humanos, à luz daquilo que fora sugerido pelo multicitado artigo 16 da declaração francesa de 1789. Imantou-se, ademais, a constituição ao estado tal qual concebido modernamente, aparelhado por uma burocracia que se pretende eficiente, conformadora de uma administração centralizada e municiado por exércitos permanentes. Descuida-se para o sentido forte de que se pode revestir uma constituição, que é justamente aquele de constituir, isto é, de formatação culturalmente determinada de uma comunidade política, temporalmente e, de maneira mais ou menos extensa, espacialmente situada, de modo que constitucional há de ser aquilo que figura no alicerçamento de bases, na cimentação daquilo que é co-essencial a uma sociedade, definindo-lhe a identidade, num extrapolar do especificamente jurídico. Não se trata, por certo, de algo que se exaure num pontual ato fundador, como simples ordenação de algo previamente dado. A constituição ininterruptamente constitui, inclusive a si mesmo, numa incessante criação e num ajustamento das formas de sociabilidade humana, sendo consubstante às diferentes comunidades políticas. Constitucional somente se pode reputar aquilo que é incindível a uma experiência humana concreta de sociabilidade: aquilo que em sendo eliminado implicaria a desfiguração dela.

Nessas linhas, como se pode declinar o carácter constitucional da chamada *lei das doze tábuas*, sabidas de cor e salterado pelas crianças romanas desde a mais tenra idade?¹⁴⁹ Eram elas a voz do direito ecoando nas ruas e calçadas, no *domus* e fora dele, fazendo das proposições jurídicas aspecto essencial à organização social e política dos

¹⁴⁹ “A cultura jurídica elementar adquiriam-na todos os cidadãos a primeira infância, aprendendo de cor, na escola, a lei das XII tábuas.” CRUZ, Guilherme Braga da. *Obras esparsas*. Estudos de história do direito antigo. 1ª parte. V. 1. Coimbra: Acta Universitatis Conimbrigensis, 1979, p. 175. “Não temos o texto dessa antiga lei. Os arqueólogos não a encontraram nas suas buscas do Fórum, e não as conseguiram: Tito Lívio diz que as XII Tábuas desapareceram, em 390 antes da nossa era, quando Roma foi incendiada pelos Gauleses. Mas os antigos autores fazem dela muito numerosas citações, numa linguagem mais ou menos rejuvenescida, e repondo ponta com ponta estas citações, pelo preço dum imenso labor, reconstituindo-se em grande parte a lei que os romanos veneravam acima de tudo; que aprendiam ainda de cor nas suas escolas; na época de Cícero; que nunca deixaram, até o fim da história de Roma, de considerar como a base de seu direito.” VILLEY, Michel. *Direito romano*. Tradução de Fernando Couto. [S.L.]: Editora Res, [S.D.], p. 44. (grifou-se)

cives, num estágio remoto da evolução de experiência jurídica eternizada pelo fluxo da história; de um direito que conferia a identidade a um seu povo.¹⁵⁰

Juridicamente, sustenta-se aqui, a constituição há de ser resignificada. A força constitutiva do jurídico na vivência humana, às voltas com a inafastável conflituosidade e com o problema de a dissuadir, é que há de ser flagrado quando o intento é o de se fornecer uma aproximação do que seja uma constituição jurídica. À medida que a resolução de conflitos se apresenta como razão de ser do próprio direito, cuja realização se viabiliza e assegura por intermédio da vedação do *non liquet*, e que a existência de conflitos e de condutas desviantes, conectada à liberdade ética dos seres humanos, parece ser aspecto inafastável da vida em sociedade, pode-se dizer que esta e o direito se implicam mutuamente, o que está a fazer do direito sempre constitucional, no sentido de se realizar como constituinte de toda e qualquer experiência humana de sociabilidade.

Se se quiser avançar, pode-se dizer que o que há de inexoravelmente constitucional, inclusive enquanto constitutivo da essência da própria juridicidade, aquilo que talvez seja passível de ser universalizado como *juridicamente constitucional*, é a “regulação”, de forma escrita ou não, de mecanismos decisórios destinados à resolução dos conflitos,¹⁵¹ interpretação essa respaldada pela história das fontes,¹⁵² à

¹⁵⁰ “Em cada veia sentimos, cheias de vida e mais ou menos rápidas, as pulsações das idéias gerais e a palpitação dos desejos, das aspirações de um povo e de uma época que, levando lentamente e de uma forma apenas perceptível seu fomento às diversas instituições submetidas às flutuações do tempo, verificam em todo organismo o organismo a mutação correspondente. Tal é o elemento psíquico do direito, que em seu caráter exterior vem a ser o que a alma é para o corpo. O espírito do povo e da época, são, pois, o espírito do direito.” IHERING, Rudolf von. *O espírito do direito romano*, p. 50

¹⁵¹ Quer-se fazer entender que, por exemplo, daquilo que Konrad HESSE define como conteúdo da constituição... “A Constituição é a *ordem fundamental jurídica da comunidade*. Ela determina os princípios diretivos, segundo os quais deve formar-se unidade política e tarefas estatais ser exercidas. *Ela regula procedimentos de vencimento de conflitos no interior da coletividade*. Ela ordena a organização e o procedimento da formação da unidade política e da atividade estatal. Ela cria bases e normaliza traços fundamentais da ordem total jurídica. Em tudo, ela é ‘o plano estrutural fundamental, orientado por determinados princípios de sentido, para a configuração jurídica de uma coletividade.’” HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha*, p. 37... apenas aquilo que se grifou é que se reputa aqui como essencialmente jurídico-constitucional, embora se “saiba” que constituição é fenômeno que extrapola ao especificamente jurídico.

¹⁵² Assim, por exemplo, mesmo naquela civilização que passou para a história como institucionalizadora da *lex talionis*, isto é, da *norma de retribuição*, sintetizável no aforisma “olho por olho, dente por dente”, havia instâncias de julgamento, de forma que o grande número de proposições de índole retributiva, a sopesar uma forma de agressão com outra, não eram senão programas decisórios endereçados a juízes, que haveriam de interpretar a situação fática e forçosamente decidir pela configuração ou não de uma daquelas situações previamente definidas no Código de Hamurabi, por muitos reputado como primeira grande codificação da história da humanidade. Desse modo, a autorização ao desencadeamento dessa espécie de “vingança privada” haveria de provir de um terceiro, incumbido do afazer judicante. A presença de juízes, aliás, encontra-se documentada no referido código, que previa sanções para a hipótese de *erro judicial*. “5. If a judge try a case, reach a decision, and present his judgment in writing; if later error shall appear in his decision, and it be through his own fault, then he shall pay twelve times the fine set by him in the case, and he shall be publicly removed from the judge's bench, and never again shall he sit there to render judgement.” Noutras passagens, resta evidente a competência efetivamente decisória

medida que mesmo nos documentos jurídicos mais remotos de que se tem conhecimento já se encontravam proposições concernentes à organização dos julgamentos, deles encarregados *terceiros* que não poderiam se escusar de decidir.

atribuídas aos juízes, a quem caberia a última palavra a respeito do aperfeiçoamento ou não das hipóteses tipificadas. “168. If a man wish to put his son out of his house, and declare before the judge: ‘I want to put my son out,’ *then the judge shall examine into his reasons*. If the son be guilty of no great fault, for which he can be rightfully put out, the father shall not put him out”. (grifou-se) Também as constituições de Atenas, documentadas por Aristóteles, não negligenciavam proposições acerca dos julgamentos, isto é, acerca da forma de resolução jurídica dos conflitos emergidos no seio da sociedade, embora não estabelecessem propriamente uma tripartição de poderes e tampouco cuidassem, a ponto de assegurar, de direitos humanos. Reveladora a passagem contida na parte 45, do livro seis, da Constituição de Atenas, a demonstrar de forma cristalina a imemorialidade da preocupação com a adequada realização judicativo-decisória do direito, albergando cláusula assimilável àquela do *due process of law*, com mais de um milênio de antecedência com relação à formulação da *Magna Charta Libertatum*, por alguns indicada como ancestral remoto das constituições escritas e quase unanimemente apontada como pioneira na garantia do *devido processo legal*. “In former times the Council had full powers to inflict fines and imprisonment and death; but when it had consigned Lysimachus to the executioner, and he was sitting in the immediate expectation of death, Eumelides of Alopee rescued him from its hands, maintaining that no citizen ought to be put to death except on the decision of a court of law. Accordingly a trial was held in a law-court, and Lysimachus was acquitted, receiving henceforth the nickname of ‘the man from the drum-head’; and the people deprived the Council thenceforward of the power to inflict death or imprisonment or fine, passing a law that if the Council condemn any person for an offence or inflict a fine, the Thesmothetae shall bring the sentence or fine before the law-court, and the decision of the jurors shall be the final judgement in the matter.” ARISTÓTELES. *The athenian constitution*. Tradução de Sir. Frederic G. Kanyon. Disponível em: http://classics.mit.edu/Aristotle/athenian_const.html. Acessado em julho de 2007. Ora se era garantido às partes o devido processo legal, para usar de termo hoje corrente, por óbvio que o juiz estava adstrito a julgar: ele *devia* julgar e não apenas podia, vez que, caso não julgasse, descontruir-se-ia a garantia. Dentre os hebreus, encontra-se no deuteronômico expressamente consagrada a indeclinabilidade da decisão. “XVI 18-20: *Os Juízes*. Estabelecerás juízes e magistrados em todas as cidades que Jeová, teu Deus, te der, de acordo com as tribos, e eles julgarão o povo com justiça. Não farás flectir o direito, não terás consideração pelas pessoas e não receberás quaisquer presentes, pois os presentes cegam os olhos perspicazes e corrompem as palavras dos justos. Seguirás estritamente a justiça, a fim de que vivas e possuas a terra que te dá Jeová, teu Deus.” Extraído de GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 4.ª edição. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2003, p. 72. Ademais, num salto temporal, há que se observar que mesmo aqueles documentos que são apontados comumente como primeiras constituições escritas, ao ocuparem-se largamente do processamento das diversas questões em juízo, abarcando grande número de disposições jurídicas de caráter processual, podem ser mencionados como confirmação da tese que ora se sustenta, há identificar no regramento dos mecanismos decisórios o cerne do direito constitucional, em consonância com aquilo que há de constitucional no direito: a inevitabilidade da decisão. Nesse sentido, o amplamente divulgado item 56 da *Magna Charta Libertatum*, de 1215. 56. “If we have disseised or removed Welshmen from lands or liberties, or other things, without the legal judgment of their peers in England or in Wales, they shall be immediately restored to them; and if a dispute arise over this, then let it be decided in the marches by the judgment of their peers; for tenements in England according to the law of England, for tenements in Wales according to the law of Wales, and for tenements in the marches according to the law of the marches. Welshmen shall do the same to us and ours.” Originalmente publicado em latim: “56. Si nos disseisivimus vel elongavimus Walenses de terris vel libertatibus vel rebus aliis, sine legali iudicio parium suorum, in Anglia vel in Wallia, eis statim reddantur; et si contentio super hoc orta fuerit, tunc inde fiat in Marchia per iudicium parium suorum; de tenementis Anglie secundum legem Anglie; de tenementis Wallie secundum legem Wallie; de tenementis Marchie secundum legem Marchie. Idem facient Walenses nobis et nostris.” Também assim o documento constitucional norte-americano de 1786 dedica todo um artigo, o terceiro, ao *poder judiciário*: “Article III. Section 1. The judicial power of the United States, shall be vested in one Supreme Court, and in such inferior courts as the Congress may from time to time ordain and establish. The judges, both of the supreme and inferior courts, shall hold their offices during good behaviour, and shall, at stated times, receive for their services, a compensation, which shall not be diminished during their continuance in office. (...)”

Perceba-se que não se sugere aqui uma redução da constituição jurídica aos mecanismos decisórios e à sua regulamentação, exigida em todos os tempos por conta da inevitabilidade de uma decisão. Apenas se está a sustentar particular interpretação quanto à identificação de um possível cerne da constituição. Se direito é obrigatoriedade de decisão mais variáveis, essas últimas são constructos temporal e espacialmente condicionados e integram, de maneira não homogênea e, de modo algum, generalizável, a realidade constitucional de cada sociedade, que haverá, para além de outros aspectos que a história e os homens que a constroem reputarão por fundamentais, de definir o modo de exercício da *jurisdição*, em atenção, sempre, à imprescindibilidade do julgado, condição *sine que non*, inclusive, da realizabilidade da constituição, que se concretiza juridicamente nas decisões, primacialmente pelo simples fato de haver terceiro incumbido da função de decidir e de se materializar concretamente esse afazer em conformidade a realidade constitucional de cada comunidade política, não necessariamente expressa em um documento e, na sua contingencialidade, sendo a cada decisão definida em seu próprio conteúdo jurídico, radicalmente mutante. Significa dizer que o simples acontecer da decisão se faz realização jurídica da constituição enquanto concretização no mundo da vida daquela essencialidade do direito, que é a obrigatoriedade da decisão e que, para além disso, a constituição jurídica somente se define, em cada experiência humana de sociabilidade, como sendo aquela realizada judicativo-decisoramente.

2. Do constitucionalismo ao auto-designado neoconstitucionalismo: percepções e deficiências

Antes de mais, é preciso que se desfaça esse equívoco de índole iluminista, radicado nas bases do constitucionalismo, consistente em identificar constituição e documento constitucional, reduzindo com isso a primeira ao segundo, isto é, a um opúsculo integrado por esquemáticas regras dispostas em artigos, incisos e alíneas pretensamente albergantes da juridicidade essencial de uma civilização humana historicamente situada, captada em seu espírito e nas suas aspirações num suposto *momento constitucional*¹⁵³ propício à constitucionalização, que permitiria aos

¹⁵³ A esse respeito, conferir ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano*. Fundamentos de direito constitucional. Tradução de Mauro raposo. Belo Horizonte: Del Rey, 2006 e ACKERMAN, Bruce. Un

incumbidos do exercício constitucional *legiferar* para o futuro, vinculando-se os *vivos* pela mais sábia percepção dos *mortos*,¹⁵⁴ fazendo-se da constituição quadro e medida de todo o direito.¹⁵⁵

Tem-se aí uma aproximação entre constitucionalismo e positivismo estrito, no sentido de uma assunção da juridicidade dos documentos constitucionais, deixando-se de se os pensar como simples programas políticos, destituídos de qualquer possibilidade de realização pela via judicativa, somente na medida em que se os concebe como lei por excelência, dita fundamental.¹⁵⁶ Talvez diferença apontável entre o constitucionalismo e o positivismo jurídico seja apenas de ordem quantitativa, por assim dizer, referindo-se à concepção de lei encontrável no âmbito dessas tendências teóricas. À medida que se afirma como conquista a assunção da normatividade da constituição, referindo-se aí ao documento constitucional, a significar sua sindicabilidade jurisdicional, reconhece-se num corpo legislativo algo de distinto, formalmente, das leis, porque não necessariamente enquadráveis as proposições nele contidas no tradicional esquema *hipótese e estatuição*, possível parâmetro a servir de critério decisório aos órgãos julgadores. Nada parece haver aí de revolucionário, em termos jurídicos, tanto mais quando se atenta para a raiz conceitual e ideológica dessa normatividade dos documentos constitucionais, qual seja, a soberania popular, bastante próxima à mítica vontade geral justificadora de irrestritas adesões às leis. Tão-somente, repita-se, houve um transplante teórico da fundamentação de um estado de direito (legalista) para aquilo que se pretende poder chamar de estado constitucional. Da mesma forma como antes se avistava na lei a inquebrantável vontade geral, passou-se a avistar no documento

neofederalismo? In: ELSTER, Jon e SLAGSTAD, Rune. *Constitucionalismo y democracia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1999, pp. 196-216.

¹⁵⁴ “Em el decênio de 1740, David Hume observo que había una contradicción importante em el meollo mismo de la teoría republicana. Por doquier, los republicanos se basaban en la ficción de un contrato social. Pero, escribió Hume, ‘esto sipone el consentimiento de los padres de anular a los hijos, aun a las generaciones más remotas (lo que los escritores republicanos nunca consentirían).’ (...) La generación actual tiene el derecho ilimitado e ilimitable de remodelar la instituciones bajo las cuales vive. El único consentimiento que legitima cualquier forma de gobierno es ‘el consentimiento de los vivos’.” HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, Jon e SLAGSTAD, Rune. *Constitucionalismo y democracia*. México: Fondo de cultura econômico, 1999, pp. 217-262, pp. 221 e 224.

¹⁵⁵ “La constitution, en tant que mesure juridique pour un tribunal constitutionnel qui exerce un contrôle des lois, exige une haute dose de positivité et de clarté ainsi qu’une interprétation disciplinée et retenue de la part du tribunal constitutionnel. La constitution doit être comprise comme une loi d’une ordre supérieur, qui distribue les compétences ainsi que les limites à l’activité des organes d’État.” STARCK, Christian. *La constitution*. Cadre e mesure du droit. Paris: Ed. Econômica, 1994, p. 26.

¹⁵⁶ O próprio constitucionalismo moderno “no fundo nasceu de uma concepção político-jurídica que enxergava na lei a forma por excelência do direito positivo e encarava justamente a constituição como a lei por excelência.” SALDANHA, Nelson. *Formação da teoria constitucional*, p. 7.

constitucional a decisão política fundamental, concernente aos valores mais caros a uma sociedade, amparados pela dificuldade de alteração das cláusulas constitucionais.

Parece ser mesmo aspecto bastante peculiar à cultura jurídica ocidental moderna, esse o de pretender poder aprisionar com êxito o direito em esquematizações legisladas,¹⁵⁷ apenas tendo-se passado, na concretização dessa aspiração, das codificações oitocentistas às cartas constitucionais contemporâneas, erigidas em *código dos códigos*.¹⁵⁸ Eis um projeto que, para além de ingenuamente ambicioso, pois que radicado na suposição da possibilidade de cristalizar-se o direito em realização num instante de ideal vivacidade, estampando-se-o em um documento constitucional, se desenvolve a partir de um engano, ao imaginar esse documento como capaz de esgotar a vivência constitucional dos povos, tomando por todo aquilo que não é senão a *ponta do iceberg*,¹⁵⁹ que permanece na sua maior parte submerso, portando um desenho que em todos os seus exatos contornos e lineamentos não se dá a conhecer, mesmo porque em contínua mutação, que haverá de, quer queira, quer não, informar e influenciar a própria leitura e imagem que pelos homens se fará de sua porção visível.

Com efeito, se se quiser realmente *levar a sério* a constituição, há que se extirpar do pensamento jurídico essa confusão entre constituição e documento constitucional,¹⁶⁰ implicante em se tomar por constituição aquilo que com mais propriedade se haveria de conceber tão-somente como *leis constitucionais*,¹⁶¹ ou mais

¹⁵⁷ “O constitucionalismo clássico, reduzindo a Constituição simplesmente a um instrumento jurídico, dava competência aos três órgãos fundamentais da ordem estatal – o Executivo, o Legislativo e o Judiciário – ao mesmo passo que declarava os direitos e as garantias individuais. A Constituição se continha toda no texto, como se fora o livro sagrado da liberdade, a bíblia de uma nova fé democrática, o alcorão dos princípios liberais, tendo por finalidade precípua limitar ou enfrear o exercício do poder.” BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 94.

¹⁵⁸ “Expressa a confiança em poder fixar – talvez para sempre – o tornar-se jurídico. Expressa a desconfiança na formação espontânea do direito, com a conseqüente exigência de que seja controlado pela “política”, ou – até mesmo –, de que seja monopolizado pelo Estado.” GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*, p. 138.

¹⁵⁹ Quer parecer que o pai dessa generalizada metáfora é DAHRENDORF, Ralf. *Ueber Gestalt und Bedeutung des Rechts in der modernen Gesellschaft*. *Hamburguer Jahrbuch für Wirtschafts – und Gesellschaftspolitik*. Ano 7, 1962.

¹⁶⁰ “Em virtude do fato de que todos os direitos são engendrados em um processo jurídico, as leis expedidas pelo Estado são tão somente ‘normas tentativas’. Dentro da mesma ordem de idéias, o documento constitucional não é uma verdadeira constituição, e sim um “projeto”, já que do documento mesmo não pode se saber se as possibilidades de ação contidas nele serão realizadas”. SANDER, Fritz... Tradução livre.

¹⁶¹ Distinção essa, entre leis constitucionais e constituição, já sublinhada por Carl SCHMITT, em obra de 1928. “Für die Verfassungslehre ist die Unterscheidung von Verfassung und Verfassungsgesetz vielmehr der Anfang jeder weiteren Erörterung (...) Vor jeder Normierung liegt eine grundlegende *politische Entscheidung des Trägers der verfassungsgebenden Gewalt*, d. h. in der Demokratie des Volkes, in der echten Monarchie des Monarchen. (...) Es ist ein für die Staatslehre der Vorkriegszeit typischer Irrtum, das Wesen solcher Entscheidungen zu verkennen und aus dem Gefühl heraus, daß hier etwas anderes vorliegt als eine gesetzliche Normierung, “Gemeinplätzen” zu sprechen. Die Verfassung selbst löst sich

propriamente como *determinações constitucionais*,¹⁶² no sentido de proposições jurídicas elaboradas numa confluência de interesses em jogo num circunscrito momento histórico e que por conta de uma solução dogmática possível e relativa, porque datada, mas de modo algum necessariamente jurídica, isto é, não correspondente a essência do direito, ao contrário do que se pode por vezes se fazer pensar, granjeiam para si o *status* de *ordenadoras* de toda a juridicidade, não consistindo, entretanto, outra coisa que não auspícios de conduta, enquanto parâmetros que lhes são possíveis e ideologicamente apresentados como desejáveis à própria convivência social, e, simultaneamente, como critérios decisórios às diferentes instâncias julgadoras.

O constitucionalismo tradicional, em desmedida gana por fazer valer os postulados de uma intuição individualista de mundo, que se pretendia ter podido engessar mediante sua inserção nos documentos constitucionais, erigindo-se-os em baluarte de uma nova era de direitos, discursivamente humanizada, tropeça na ânsia da concretização de interesses que lhe são afeitos, imaginando as proposições constitucionais como portadoras de um conteúdo quase-sacro, que haveria somente de ser desentranhado pelos órgãos aplicadores do direito, que não teriam por missão mais que isso, isto é, que fazer incidir, num processo (não-) hermenêutico autômato, sobre os eventuais casos trazidos a juízo. Notório equívoco, cujo mérito de ser motivado em ingenuidade cientificista ou maquiavelismo teórico não se irá aqui apreciar. Trata-se de uma perspectiva teórica que desconsidera a complexidade do afazer interpretativo e que parece ignorar o câmbio inevitável de sentido das palavras e de suas articulações frasais no curso temporal, supondo ser possível que a história amarre o sentido do documento constitucional, preservando-lhe tal qual fora concebido pelos seus dadores. Desde uma tal ordem de idéias, tributária do “mais ferrenho positivismo jurídico”, as decisões

auf diese Weise nach beiden Seiten in Nichts auf: einige mehr oder weniger geschmackvolle Redensarten auf der einen, eine Menge zusammenhangloser, äußerlich gekennzeichnete Gesetze auf der andern Seite. Richtig betrachtet sind jene grundlegenden politischen Entscheidungen auch für eine positive Jurisprudenz das Ausschlaggebende und das eigentlich Positive. Die weiteren Normierungen, die Aufzählungen und Abgrenzungen der Kompetenzen im einzelnen, die Gesetze, für welche aus irgendwelchen Gründen die Form des Verfassungsgesetzes gewählt wird, sind jenen Entscheidungen gegenüber relativ und sekundär.” *Verfassungslehre*. Neunte Auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 2003, pp. 21 e 24-25.

¹⁶² Em Fritz SANDER encontra-se diferenciação ainda mais elaborada que aquela proposta por Carl SCHMITT, procurando-se pensar as assim chamadas leis constitucionais como algo diferente das leis propriamente ditas, vez que, enquanto essas se caracterizam por prescrever uma conduta cuja inobservância traz em si um desvalor, a maioria das regras constitucionais não se revestiria desse caráter, apresentando-se antes como espécies de *propagandas comportamentais* (Verhalten-Werbungen), pelo que seria preferível nominá-las por *determinações constitucionais*. *Verfassungsurkunde und Verfassungszustand der tschechoslowakischen republik*. Brünn – Prag – Leipzig – Wien: Verlag Rudolf M. Rohrer, 1935, pp. 17-21.

judiciais seriam obtíveis mediante processos silogísticos primários, passíveis de encontrar nas proposições constitucionais sua premissa maior a ser confrontada com a faticidade, como se entre essa e a textualidade constitucional pudesse haver sempre um perfeito encaixe, atropelando-se conceitualmente o elemento volitivo do *decisum*, para pensá-lo como mera dedução lógica.

Reduz-se, assim, a realização do direito a um problema cognoscitivo, identificando-se restritivamente a interpretação a uma compreensão de conteúdos previamente estabelecidos com fins de obtenção de uma norma individual que não seria senão a concretização da norma geral que se quer poder encontrar na textualidade constitucional. Ora, descuida tal raciocínio de que decisões judiciais não concretizam norma jurídica alguma; realizam, com ineditismo a cada caso, o direito em normas decisórias, fonte única de efetiva vinculação jurídica. Não se trata de materializar algo preexistente ao caso, mas sim de construir a norma de decisão a partir de elementos de cada situação conflitiva, que não serão idênticos aos de situações anteriores, pelo que as normas jurídicas se fazem irrepetíveis. Faltava a esse constitucionalismo tradicional a assimilação, em todas as suas conseqüências, da inexistência de relação biunívoca entre proposição e norma jurídicas, que faz cair por terra a idéia de que haja um teor literal da norma constitucional, salvo se se está a referir a sua veiculação lingüística como norma de decisão (também ela, há que se assumir, interpretável). Demais disso, iludia-se, quando ousava separar texto e norma, ao avistar na literalidade da determinação constitucional reitor indesviável a guiar a confecção da norma decisória, olvidando a teoricamente inolvidável possibilidade de que a decisão venha a descarrilhar do fio condutor ou mesmo arrebatá-lo ao meio, nas hipóteses em que se enuncia fora da moldura. Em síntese, o imaginário do constitucionalismo tradicional, de cariz positivista, se fazia minar pela equívoca redutora identificação entre constituição e textualidade, como se, ao final, a própria ciência jurídica pudesse ser meramente pensada como ciência textual.

Não se pense que se está aqui a fazer linha rasa da *normatividade* constitucional, no sentido de se conceber a estrutura dispositiva da constituição, corporificada em documento constitucional como simples *programa*, destituído de qualquer eficácia imediata porque dependente de uma emanção legislativa ulterior que lhe possa permitir a aplicabilidade. Tão-somente está-se a clarificar que documento constitucional e constituição são algo de distinto e que, embora uma constituição

possivelmente¹⁶³ se integre também por um documento constitucional, este não é senão um conglomerado de *determinações constitucionais propositivas*, uma espécie de *esqueleto normativo* ao qual não se pode, com adequação, reduzir a constituição.¹⁶⁴

Trata-se de evidenciar que, como se passa com as restantes proposições jurídicas, a *normatividade constitucional* não se faz auto-executável nos seus plenos efeitos, a significar que o seu próprio sentido e alcance inexistem como algo anterior à sua concretização, isto é, à sua realização judicativo-decisória, atentando-se assim para o câmbio contínuo da significação prática de um documento constitucional, alimentado pela vivência jurídica dos homens em sua existência temporal e espacialmente circunscrita, enquanto destinatários da *normativa constitucional*, e redefinido quase que diuturnamente nas decisões dos diferentes órgãos julgadores. Eis o que faz pensar a constituição, mesmo na sua estrita dimensão *normativa*, como ente mais amplo do que aquilo que possa sugerir qualquer documento constitucional. Já se disse que direito não é e que somente pode ser adequadamente apreendido em seu *acontecer*, isto é, como um tornar-se. Ora, se se quiser pensar juridicamente a constituição, então, ter-se-á de se assumir isso, que mesmo a constituição não o é senão em constante realização, ressignificando-se a cada *decisum*, que inclusive poderá contrariar um sentido expressamente sugerido pelas proposições que se pretendeu imortalizar num documento constitucional. Aliás, assim como se passa com todo o direito, o modo de existir da constituição é interpretativo-decisional,¹⁶⁵ espraiando-se a sua normatividade pela vida dos viventes, sobretudo a partir das concretas decisões dos órgãos competentes no exercício da judicatura,¹⁶⁶ o que está a significar que, na dinâmica de sua realidade concreta, a constituição é antes Corte do que Carta.¹⁶⁷

¹⁶³ *Possivelmente* porque, de fato, a presença de um *documento constitucional* sequer é necessária à existência de uma constituição, bastando recordar as constituições costumeiras como evidência prática disto.

¹⁶⁴ Nesse sentido, válido sempre é recorrer a monumental *Teoria da constituição* de Karl LOEWENSTEIN (1958), em seu esforço no debruçar-se sobre a *prática de fato* e sobre a *dinâmica real da constituição*. “Toda la Teoría de la Constitución muestra necesariamente los rasgos de su época. (...) Sin la inclusión de estos factores, una Teoría de la Constitución sería hoy un vacío esqueleto normativo. Aquí, se trata sobre todo los grupos pluralistas imposibles de captar normológicamente, como son los partidos políticos y los grupos de interés, y el papel del individuo en y frente al Estado y al dominio estatal que igualmente no puede ser captado por normas jurídico-positivas.” *Teoría de la constitución.*, pp. 18-19.

¹⁶⁵ “L’interprétation se situe au centre de l’expérience juridique: cette place de choix qu’elle occupe se trouve liée à la ontologie même du droit.” AMSELEK, Paul. L’interprétation à tort et à travers. In: AMSELEK, Paul (org). *Intérpretation e droit*. Bruxelles: Presses Universitaires d’aix Marseilles, 1995, pp. 11-25, p. 11.

¹⁶⁶ “Esta propiedad de las normas jurídicas, como ya hemos dicho, está intimamente relacionada con la naturaleza institucional del Derecho, porque una norma determinada es capaz de tener efectos jurídicos sólo si es aplicable por los jueces y tribunales.” MORESO, José Juan. *La indeterminación del derecho y*

O documento constitucional e toda a sua estrutura dispositiva, representada pelas proposições constitucionais, perfazem apenas uma *tentativa* de constituição, que somente irá se realizar enquanto tal no concreto exercício da judicatura, quando, direta ou indiretamente, vier a ser materializado nas diversas e sucessivas decisões constitucionais, fazendo viver a constituição. Significa dizer que a *normatividade constitucional* se encontra somente potencialmente representada pelo *documento constitucional*, ponto de partida possível para a construção de uma norma de decisão juridicamente constitucional, que não se confunde com as proposições jurídico-constitucionais, vez que necessariamente embute, quando da sua construção interpretativa, uma dimensão fática,¹⁶⁸ sem que, com isso, se esteja a sugerir uma vinculação necessária entre norma e fato, vez que a referida faticidade da norma será erigida a partir de relatos, eles mesmos não coincidentes com a realidade.¹⁶⁹

As *determinações constitucionais propositivas* não são senão *esboços de vinculação*, quer decisório, quer comportamental, sendo que tal esboço somente se aperfeiçoa juridicamente numa necessária referência à materialidade fática, representada pelas parciais versões trazidas a juízo pelos litigantes, que será incorporada ao *decisum* no momento da realização judicativo-decisória do direito, no caso, da constituição, quando se construirá a norma de decisão. Assim se compreende que o documento constitucional, entendido como conjunto de disposições normativas, sob a forma de determinações constitucionais propositivas, seja apenas uma tentativa de normatividade

la interpretación de la Constitución. Madrid Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 153.

¹⁶⁷ “Più Corte che Carta.” TIZZANO, Antonio. Il ruolo del giudice comunitario nel processo di integrazione europea. In: *La Costituzione Europea tra Stati nazionali e globalizzazione*. Encontro promovido pelo Istituto dell'Enciclopedia Italiana, junho de 2003.

¹⁶⁸ Um pouco é para essa dimensão fática da normatividade de Friedrich MÜLLER procura chamar a atenção, quando afirma serem estruturadas as normas a partir de um *programa da norma*, complementado por uma sua *área* ou *âmbito*. “Uma norma jurídica é – assim como ela age efetivamente – mais do que o seu teor literal. O teor literal expressa, juntamente com todos os recursos interpretativos auxiliares, o ‘programa da norma’. A área da norma pertence à norma com grau hierárquico igual. Ela é a estrutura básica do segmento da realidade social, que o programa da norma ‘escolheu para si’ como a ‘sua’ área de regulamentação ou que ele, em parte ‘criou’: (...) ‘criou’ seria o termo pertinente no caso das regras de direito constitucional ou infraconstitucional, das quais se pode inferir o que se deve entender juridicamente por ‘aptidão’ para o serviço público.” *Direito, linguagem, violência*. Elementos de uma teoria constitucional, I. Tradução de Peter Naumann. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris. 1995, pp. 42-43.

¹⁶⁹ Quer porque inexistem *atos puros*, quer porque possíveis omissões e distorções devem ser levadas em consideração. “Em uma análise mais detalhada, até mesmo descobrimos que a ciência não conhece, de modo algum, ‘atos nus’, mas que todos os ‘atos’ de que tomamos conhecimento já são vistos de certo modo e são, portanto, essencialmente, ideacionais.” FEYERABEND, Paul. *Contra o método*, p. 33. “(...) não existe fato puro; antes, toda experiência, por mais objetiva que pareça, envolve-se inevitavelmente num sistema de hipóteses, desde que o sábio procura formulá-la.” CHARDIN, Teilhard de. *O fenômeno humano*, p. 19.

constitucional, pois as determinações mesmas não ultrapassam a condição de *esboços normativos*. Saliente-se, mais uma vez, que não se está a reduzir a nada a textualidade constitucional, num afirmar de que inexistem significados prévios à realização jurídica da constituição¹⁷⁰. Uma tal tese seria insustentável, à medida que parece primário que palavras não são signos vazios que se pode com quaisquer conteúdos preencher, havendo limites, ainda que bastante flexíveis, definíveis sintática, semântica e pragmaticamente. O que se quer realçar é que somente existirá norma constitucional, enquanto específica norma jurídica, a partir de uma concreta decisão, vez que é judicativo-decisoramente que se realiza a intencionalidade normativa do direito, pois só na decisão judicial é que aflora o caráter vinculante da juridicidade. É isso o que peculiariza a norma jurídica, ou seja, a sua vinculatividade dependente de concretização judicial; vinculatividade essa de que as determinações constitucionais propositivas são tão-somente esboços, inclusive pela possibilidade de que a norma constitucional de decisão sequer venha a fazer referência a um exposto dispositivo do documento constitucional.

Reprise-se que, embora a decisão judicial possa encontrar referência nas disposições constitucionais, não necessariamente será a elas reconduzível. Assim, se não é equivocada a afirmação de que a norma jurídica é o significado que se atribui a um texto normativo, é ao menos incompleta, dada a possibilidade de que o *decisum* se faça *praeter legem* ou mesmo *contra legem*, ora escrevendo decisoramente aquilo que legislativamente restar omissa, ora contrariando expressa disposição legal, estando o julgador habilitado (ainda que aos olhos de muitos tal seja reprovável) a fazer de um *sim* textual um *não* decisório; a escrever *permitido* lá onde a literalidade indica um *proibido*. Para além, há que se ter presente semelhante lacunonidade da concepção que avista na norma jurídica resultado da interpretação,¹⁷¹ pelo que se impõe o acréscimo de que essa interpretação, juridicamente, não se exercita apenas sobre proposições jurídicas, mas também e necessariamente sobre um determinado quadro fático, pelo que quem interpreta meros textos, interpreta muito pouco, de forma que a interpretação autêntica, voltada à decisão jurídica, culminará em normas que possivelmente irão abstrair

¹⁷⁰ Há que se ter presente, no entanto, que mesmo os chamados *sentidos preliminares*, isto é, aquelas acepções que comumente se connexionam a alguns vocábulos, embora estejam difundidos em determinada comunidade de falantes, inexistem anteriormente a um processo interpretativo, em que pese fugaz por conta da significação culturalmente já arraigada.

¹⁷¹ “La disposition légale est un énoncé qui fait l’objet de l’interprétation, tandis que la norme est un énoncé qui est le produit, le résultat, de l’interprétation.” GUASTINI, Ricardo. *Interprétation et description de normes*. In: AMSELEK, Paul (coord.). *Interprétation et droit*. Bruxelles: Presses universitaires d’aix-marseille, 1995, p. 94.

qualquer menção a uma prévia proposição jurídica, quer se esteja diante de tribunais ordinários, quer ante tribunal constitucional. Nas mesmas linhas, a idéia segundo a qual a norma jurídica se estrutura a partir de um *programa* e de um *âmbito normativo* aferíveis em um *texto de norma* fornece explicação apenas parcial da normatividade constitucional, ao supor que a dimensão fática da norma de decisão possa ser desvendada na interpretação das determinações constitucionais. Finalmente, há que se perceber que tais concepções renegam o que há de especificamente jurídico nas normas de direito, construídas no curso de um processo interpretativo autêntico, que é o seu carácter vinculante, aperfeiçoado numa concreta decisão jurídica, a permitir afirmar que inexistente norma jurídica enquanto norma vinculante que lhe seja anterior, o mesmo raciocínio se fazendo adequado ao fenómeno constitucional.

Ademais, um documento constitucional funciona como uma espécie de *baú das memórias* do direito de cada tempo,¹⁷² contenedor daqueles preceitos, vertidos em proposições jurídico-constitucionais, cuja implementação é supostamente desejada pelos homens que lhe redigiram, o que está a significar, pela recondução que faz operar a mítica soberania popular, todos os viventes de uma determinada experiência jurídica. É como tal, isto é, como repositório dessas memórias que se pensa não poderem ser olvidadas, em favor daquela ordem e tranqüilidade social almejadas, que opera o documento constitucional como fornecedor de critérios decisórios aos órgãos julgadores, que o farão ou não, em concreto, lograr a força de uma memória viva.¹⁷³ Ambiciona-se verter em imobilidade aquilo que é em constante mutação, num querer fazer chegar às gerações vindouras um recorte do real que se supõe merecer continuidade,¹⁷⁴ como que subestimando-se a força do *dever*, isto é, o carácter processual

¹⁷² Eis a função que se esperava pudessem cumprir as leis, na Roma clássica. “Jus non a regula summatum sed a jure, quod est, regula fiat” **Dig. 50, 17, 1**. A significar que as leis não são o direito em si, mas tão só uma sua representação, ou mais propriamente, uma espécie de *memorandum*.

¹⁷³ “O direito, a par com esse depósito, este *thesaurus*, de créditos definitivos, essa memória mais ambiciosa e *à la longue*, também precisa de uma memória de curto prazo. De facto, o mecanismo da acção concreta do direito tem tudo a ver com a retenção e a reconstituição dos factos: uma memória.” CUNHA, Paulo Ferreira da. *Memória, método e direito*. Iniciação à metodologia jurídica, p. 31.

¹⁷⁴ *Documento*, em língua portuguesa, é vocábulo que se presta a significar *máxima, princípio ou preceito doutrinário, recomendação feita a outrem. O documento ensina*. Com efeito, encontra suas raízes no latim *documentum*, semanticamente conectável a *ensino, lição, aviso, advertência, modelo, exemplo, indício, sinal, indicação, prova, amostra, prova que faz fé*, oriundo, por derivação imprópria (implicante em mudança de classe gramatical) do verbo latino *docere*, a querer dizer *ensinar, instruir* (alguém em uma matéria ou os autos do processo, por exemplo), cujo radical, por sua vez, se encontra no grego *doxa*, correntemente significando *opinião*. Pode-se dizer que o documento constitucional se apresenta como uma tentativa de *ensinar*, isto é, de transmitir informação às gerações subseqüentes, fazendo-as cientes daquilo que os pais constituintes, os confeitores do documento, julgavam ser *constitutivo* a uma dada comunidade política. Trata-se de um espécie de educação ético-jurídica, como que num intentar passar adiante um determinado *ethos*, como conjunto de *valores, normas, costumes e leis* regentes da conduta ou

da realidade humana que em breve tornará anacrônico o referido recorte constitucional, fazendo-o perder a posição que ocupava no quebra-cabeças histórico, de modo que o lugar de onde fora retirado, numa pretensão de suspensão do acontecer, já não mais existirá. Eis a dificuldade das projeções constitucionais: a realidade constitucional histórica é sempre, sucessivamente, outra.

Mas se o documento constitucional é tentativa de constituição, por representar em potencial uma sua normatividade, não se pense, por enganoso que é, que uma constituição se reduz à condição de norma jurídica, realizada enquanto norma de decisão. Com efeito, reduzir a constituição à normatividade significa ofuscar a complexidade da realidade constitucional, ou seja, de um *acontecer* que se engasta nos confins da interpenetrabilidade social, lá onde se entrecruzam outros segmentos da teia viva da sociedade, como a moral, a religião, o trato social e, sobretudo, a política e a economia. Destarte, mais que simples documento constitucional uma constituição é realidade, fazendo-se ininterruptamente informar e integrar por interesses, fatos e valores que têm lugar, diariamente, na conformação de uma sociedade. Não é apenas norma, vez que há muito na constituição que independentemente da *tentativa de normação* das proposições jurídicas já se apresenta como *normalidade* na vivência social, esta intrinsecamente humana, constantemente a criar-se e a engendrar a si mesma como constituinte da própria realidade constitucional,¹⁷⁵ enquanto constituição integral.¹⁷⁶

do agir humano. O que não se pode descuidar é que tal qual produção cultural do homem, o próprio *ethos* se apresenta em processo de constante construção e reconstrução no curso histórico. O documento constitucional encerra *opiniões* dos pais fundadores; opiniões enunciatórias de tópicos que reputam, numa dada momento, vitais a uma dada experiência jurídica, mas que, como tudo o que é humano, não poderão almejar à extemporaneidade.

¹⁷⁵ Percepção esta que, em que pese faltar ao grosso da literatura jurídica contemporânea, não escapou a Herman HELLER, cuja Teoria do Estado (1934) merece ser constantemente revisitada. “La Constitución normada jurídicamente no consiste nunca de modo exclusivo en preceptos jurídicos autorizados por el Estado sino que, para su validez, precisa siempre ser complementada por los elementos constitucionales no normados y por aquellos otros normados pero no jurídicos. El contenido y modo de validez de una norma no se determina nunca solamente por su letra, ni tampoco por los propósitos y cualidades del que la adicta, sino, además y sobre todo, por las cualidades de aquellos a quienes la norma se dirige y que la observan.” *Teoría del Estado*. México: Fondo de cultura económica, 1947, p. 183.

¹⁷⁶ Embora não se respalde, aqui, a crítica que pretende Rudolf SMEND ter feito a Hans Kelsen, quando se fala em uma constituição integral pode-se concordar com o núcleo conceitual da tese do professor de Berlim com referência ao Estado, transpondo-a à realidade constitucional, sempre em atenção à peculiaridade de que constituição é fenômeno que não se liga necessariamente aos estados nacionais, podendo-se irmaná-la, na imemorialidade de suas origens, ao direito como um todo. “(...) el Estado no constituye encuanto tal una totalidad inmóvil, cuya única expresión externa consista en expedir leyes, acuerdos diplomáticos, sentencias o actos administrativos. (...) El Estado existe y se desarrolla exclusivamente en este proceso de continua renovación y permanente reviviscencia; por utilizar aqui la célebre caracterización de la Nación en frase de Renan, el Estado vive de un plebiscito que se renueva cada día.” *Constitución y derecho constitucional*. Tradução de José Beneyto Pérez. Madri: Centro de

Em síntese e de forma incisiva, trata-se de perceber isso: *uma constituição é uma constituição e suas circunstâncias*.¹⁷⁷ Sobrelevam aí os arranjos das sociedades de cada tempo e lugar, bem como as condições concretas de decidibilidade quando da realização constitucional pela via judicativo-decisória. O documento constitucional, numa somatória de determinações constitucionais propositivas, não esgota (e nem poderia) a constituição. Não é senão aquela *tentativa*,¹⁷⁸ não apenas de normatividade, mas inclusive tentativa de constituir em perenidade aquilo que é, fatalmente, contingência. Só há uma constituição digna desse nome. Eis a constituição viva.¹⁷⁹

Aliás, essa tensão entre perenidade, ou a aspiração a ela, e mutabilidade é algo com o que os constitucionalistas hão de se deixar viver, já que inafastável e decorrente do próprio projeto de constituição, desde a aurora do constitucionalismo,¹⁸⁰ enquanto pretensão de tornar normativamente intangíveis valores que, não obstante, possam ser flagrados como, sob certo aspecto, dominantes em um específico momento de uma civilização, conformada por determinados e irrepetíveis viventes, logo irão revelar seu caráter de contingência, ultrapassando-se a si mesmos enquanto formalizações jurídicas,

Estúdios Constitucionales, 1985, pp. 62-63. Trata-se de pensar a constituição como realidade humana, inevitavelmente em movimento, isto é, *em constante renovação e revivescência*. Enfim, há que se superar cisões epistemológicas num esforço de se pensar *integralmente* a constituição, alcançando-se a percepção de que não se opõem realidade viva e formalização inteligível, isto é, constituição e documento constitucional, sendo o segundo abarcado pela primeira, ambos integrando uma mesma manifestação de direito, enquanto direito constitucional.

¹⁷⁷ “É, sim, uma simbiose que assume as formas jurídicas e se limita às suas contingências, ao seu tempo e ao seu povo.” LEITE SAMPAIO, José Adércio. *A constituição reinventada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 19.

¹⁷⁸ Refuta-se, no entanto, que se trate, mesmo o documento constitucional, de mera *folha de papel*, à medida que não se pode desprezar a existência de uma força normalizadora da normatividade, mesmo de sua tentativa, vez que, por uma plêiade não taxativa de motivos, os viventes de uma determinada comunidade constitucional podem pautar suas condutas pelas determinações constitucionais, podendo-se mesmo se falar numa espécie de sacralidade do direito, concebido, não raramente, como lei, isto é, como texto por sobre o papel, que incidiria, no imaginário popular, desde o alto, sobre o comportamento das pessoas. Para a conferência da tese da constituição escrita como folha de papel ver LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. Rio de Janeiro: Liberjuris, 1985.

¹⁷⁹ “Tal como *A Metáfora Viva* de Paul Ricoeur, a metáfora da Constituição não é apenas uma mera metáfora (etimologicamente, um simples transporte, transposição ou tradição, *traditio*), mas um ser vivente, e interpelante, aqui e agora.” CUNHA, Paulo Ferreira da. *Constituição viva*, p. 13.

¹⁸⁰ Tal se faz comprovar em investigação histórica concernente às origens dos documentos constitucionais, cuja idéia, ironicamente, surgira na Inglaterra, Estado que se distingue até hoje por jamais ter colocado em prática uma autêntica constituição escrita. Com efeito, foi na Inglaterra de Cromwell (1647), com o *Agreement of the people*, que pela primeira vez se afirmou não apenas a necessidade de um documento constitucional, como também a supremacia das constituições, enquanto leis superiores da nação. “En este momento muèstrase por vez primera con necesidad lógica esta idea: que la Constitución, que forma el contrato fundamental, es una ley superior a las que sobre este contrato se fundan. La necesidad de una Constitución se muestra poco tiempo después (...) El antiguo orden de cosas había sido transformado por la revolución, y el nuevo solo era un orden de hechos, o más bien, no tenía sino un carácter provisional. Em el interes de los nuevos tenedores del poder público estaba el hacer de é un orden permanente. Por este declara Cromwell (...) que en todo Estado es preciso algo fundamental análogo a la Carta Magna, permanente e incambiable.” JELLINEK, Georg. *Teoría general del estado*. 2 ed. Tradução de Fernando de los Rios Urruti. México: Compania Editorial Continental, 1958, p. 418.

raramente permanecendo intocados face o avançar dos tempos, de modo que se não vierem a ser mesmo suplantados, ao menos sofrerão inevitáveis ressignificações em sua compreensão, podendo assumir sentidos radicalmente opostos aqueles correntes quando de sua *positivação constitucional*.

Encarar realisticamente a constituição requer vigilância crítica no sentido de se evitar extremismos simplificadores, não se podendo concebê-la como entidade estática, enquanto *positivação* dos mais altos valores da nação, intransponíveis por si sós, tampouco como mera folha de papel, destituída de qualquer utilidade prática, vez que dia após dia superado pelo evoluir da dinâmica realidade humana. Impõe-se pensá-la a partir dessa tensão que a marca a fogo, entre *perenidade e mutabilidade*, com alguma vantagem para essa última, sobretudo nesses tempos presentes, em que as circunstâncias constitucionais, que são também elas constituição, se agitam em um câmbio frenético.¹⁸¹ Descuidar, entretanto, a pretensão de perenidade, é fazer vista grossa para a própria origem do projeto constitucional, bem como para o sentido de que se revestem as “constituições” no imaginário não apenas dos juristas, mas, mormente, dos cidadãos, que, em que pese mítico, exerce influências sobre a forma como se vivencia a realidade constitucional. O documento constitucional se apresenta, certo modo, como uma tentativa de fazer frente às agitações sociais, intentando, ideologicamente, cristalizar momentâneos estados do evoluir histórico, sob a forma de acertos de interesses vertidos em enunciações lingüísticas de forte conotação política. Entretanto, dada a dinamicidade da vivência humana, muito dela irá, fatalmente, escapar ao esquematismo do articulado constitucional,¹⁸² o que só faz realçar o seu caráter de tentativa. Tem-se aí a fulcral *perplexidade* demarcatória do fenômeno constitucional contemporâneo, desde que se

¹⁸¹ Agitação essa brilhantemente captada por Fritz SANDER, que, como ninguém, esforçou-se em pensar o direito numa perspectiva dinâmica, colocando tudo em movimento, a assinalar que mesmo comparando-se instantes separados entre si por um curto piscar de olhos, registrar-se-ão diferenças. „Bezeichnet man mit dem Worte “Staate” einen Gesamtstaat, eine Gesamtheit von Staatsmächten, so muß man sich darüber klar sein, daß von einem besonderen Staate immer nur in einem besonderen Welt-Augenblick gesprochen werden kann, während im Verlauf der Zeit fast ununterbrochen an Stelle dieses Staates andere, wenn auch in vielen Beziehungen gleiche Staaten treten.“ *Verfassungsurkunde und Verfassungszustand der tschechoslowakischen republik*, p. 12.

¹⁸² “Este gran dinamismo de la vida política no puede ser aprehendido y normado plenamente por unos cuantos artículos recogidos en la Constitución, las más de las veces de corte esquemático y que, en ocasiones, son el producto de una recepción jurídica de tercera o cuarta mano; en todo caso, los artículos de la Constitución *inspiran* la dinámica política (...)” SMEND, Rudolf. *Constitución y derecho constitucional*, p. 133 (grifou-se). Evidentes as limitações do projeto subjacente aos documentos constitucionais, à medida que a realidade constitucional, embora humana, não está à disposição dos homens, de modo que a recriação e renovação da normatividade constitucional, pela via hermenêutica, impõe-se com veemência e reprise o caráter de *inspiração* das proposições constitucionais, enquanto repositório de memórias que se pretende perenizar e que sofre a modeladora ação do entorno, no evoluir dos tempos.

intenta sumariar numa positividade jurídica que aspira à longevidade uma realidade humana que se revela fluida ao emprestar dos homens o sentido de movimento, a fazer existir nela, nas suas sucessivas configurações, muito de indizível, sendo sabido que esses núcleos de indizibilidade têm sempre instigado e feito atônitos aqueles que ambicionam os mistérios da existência desvendar, os homens de ciência, no particular, os constitucionalistas.

Se se quiser apostar ainda nas constituições, sobretudo face aos re-arranjos organizacionais, desterritorializantes mesmo quanto ao direito e à política, até aqui pensados como essencialmente circunscritos a um determinado espaço territorial, para afirmar que a constituição constitui, enquanto memória viva a interpelar julgadores e cidadãos, ter-se-á que se perceber, antes de mais, que ela mesma, em verdade, incessantemente constitui a si mesma, de modo que somente perdura na dinâmica de seu acontecer.¹⁸³ A subsistência da constituição requer dela isso, que persista em constante fluxo: algo que constitui somente segue constituindo caso não sofra solução de continuidade no seu constituir-se a si próprio.

Somente munido dessa percepção, enquanto requisito mínimo, é que se poderia ousar falar verdadeiramente em um *neoconstitucionalismo*, enquanto *nova* maneira de pensar o direito constitucional, desapegada dos vícios reducionistas da teoria tradicional, ainda tributária do positivismo legalista que se fez incrustar ao pensamento constitucional numa seqüência daquele pensamento radicado na base das codificações oitocentistas, alardeador de uma racionalidade legislativa, suporte para a afirmação da onipotência das leis.

Com efeito, muito se tem falado numa tal *nova* perspectiva teórica. Os constitucionalistas contemporâneos insistem nisso, isto é, na peculiaridade de suas concepções, reivindicando para si a alcunha de *neo*.¹⁸⁴ Sem descambar aqui para as

¹⁸³ «C'est que enfin on comprend que de la Constitution, même quand elle se traduit dans un texte, ne se dégage pas une signification unique, intangible et objective : c'est plutôt un champ sémantique qu'elle ouvre au sein duquel s'affronteront interprétations et pratiques concurrentes sans qu'un terme ni des limites fixes puissent être assignés à cette confrontation. Loin d'être un grand sujet dont il suffirait de décliner les attributs, le peuple lui-même est en recherche; loin d'être un donné dont il suffirait d'appliquer les prescriptions, le texte constitutionnel est un construit. » Littéralement, *la Constitution est toujours en voie de constitution*. OST, François et KERCHOVE, Michel van de. *De la pyramide au réseau ? Vers un nouveau mode de production du droit ? Introduction*, p. 10. (grifou-se)

¹⁸⁴ *Neoconstitucionalismo* é termo com o qual se têm designado diferentes aspectos do real, ora com referência a eventos causadores de impactos no paradigma do Estado Constitucional, ora à determinada teoria do direito que dá conta das recentes mudanças operadas na seara constitucional. Daí se falar em neoconstitucionalismo(s), no plural, numa alusão aos diversos sentidos atribuíveis, na literatura jurídica, a esse vocábulo, de modo que “lo que haya de ser el neoconstitucionalismo en su aplicación práctica y en su dimensión teórica es algo que está por verse.” CARBONELL, Miguel. *Nuevos tiempos para el*

sendas dos apanhados conceituais, quer porque enfadonho, quer porque desnecessário, vez que pululam em abundância, os diferentes periódicos nacionais, ensaios a apresentar ao público geral essa perspectiva dita neoconstitucional,¹⁸⁵ apenas quer-se estabelecer com ela um diálogo de índole provocativa, como que a duvidar do caráter de novidade dessa diretriz teórica, no sentido de ventilar a hipótese de que talvez esse neoconstitucionalismo não seja tão novo assim.¹⁸⁶

Sem mais rodeios, afigura-se como rechaçável a idéia de que a passagem de um “Estado de Direito” a um “Estado Constitucional” tenha significado uma transição *paradigmática*, não apenas discursiva e banalizadora da possível acepção profunda dessa palavra: basta atentar para o fato de que o alardeado carro chefe dessa suposta mudança de paradigma é o da o assunção do caráter *normativo* da constituição, em verdade, do *documento constitucional* e de suas proposições jurídicas, bem como dos (hoje sacrais) princípios, pensando-se a sua distinção com relação às regras como distinção entre dois tipos normativos distintos (ora *quantitativamente*, ora *gradativamente*).¹⁸⁷ Parece ausente a percepção de que a especificidade da juridicidade não reside na *positivação* de proposições normativas, mas, sobretudo, na realização concreta do direito mediante uma decisão jurídica que afirmará o conteúdo constitucional para cada caso singular, construindo-se e desconstruindo-se, para se reconstruir, incansavelmente a própria *normatividade constitucional*.

Deveras, mudança paradigmática requer transformação de modos de percepção, de valores, crenças e métodos.¹⁸⁸ Requer, em sede de pensamento jurídico,

constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (org). *Neoconstitucionalismos*, Madrid: Trotta, 2003, p. 11.

¹⁸⁵ Vide DUARTE, Écio Ramos e POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*. As faces da teoria do direito em temas de interpretação moral da constituição. São Paulo: Landy, 2006.

¹⁸⁶ Com efeito, não se está aqui a propor uma reflexão de todo original, vez que também Luigi Ferrajolli já, de certo modo, a levava a cabo, quando descreveu esse neoconstitucionalismo como forma mais acabada de positivismo jurídico. “Claramente, en este sentido el (neo)constitucionalismo, en vez de constituir el debilitamiento del positivismo jurídico, o su contaminación jusnaturalista, representa su reforzamiento: por decirlo de algún modo, representa el positivismo jurídico en su forma más extrema y acabada.” Positivismo crítico, derechos y democracia. *Revista Isonomia*, n. 16, 2002, pp. 6-20, p. 8.

¹⁸⁷ Embora não haja espaço aqui para discussões acerca da existência ou não de distinção entre princípios e regras e sob o caráter dessa diferenciação, referenciam-se aqui, porque breves e elucidativos, duas leituras. SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras. Mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista latino-americana de estudos constitucionais*. N. I, jan./jun. 2003, pp. 607-629. PÉREZ LUÑO, Enrique. Los principios generales del derecho: un mito jurídico? *Revista de estudios políticos*. N. 98, Out./dez de 1997, pp. 9-24.

¹⁸⁸ “(...) o termo “paradigma” é usado em dois sentidos diferentes. De um lado, indica toda a constelação de crenças, valores, técnicas etc., partilhadas pelos membros de uma comunidade determinada. De outro, denota um tipo de elemento dessa constelação: as soluções concretas de quebra-cabeças que, empregadas como modelos ou exemplos, podem substituir regras explícitas como base para a solução dos restantes quebra-cabeças da ciência normal. (...)“Um paradigma é aquilo que os membros de uma comunidade

que, antes de mais, supere-se de fato a distinção e separação abismante entre *mundos do ser e do dever-ser*: somente numa perspectiva demasiado estática e insistente nessa cisão do real é que se poderá definir a constituição como mero *sistema de normas*,¹⁸⁹ como prosseguem fazendo os auto-intitulados *neoconstitucionalistas*, quiçá na crença de que trazem ao direito os mais adiantados avanços verificados noutras ciências, num exercício conceitual que se faz, ao menos, triplamente equivocado. A *um*, porque só com dificuldades e esforços *hercúleo-stendhalianos* se poderá sustentar a sistematicidade do direito, do qual (não apenas dele, mas também) a constituição é manifestação histórica. Em seguida, porque constituição não é apenas *normatividade*, é também *normalidade não normatizada*; integralidade de circunstâncias históricas. E, finalmente, porque não há norma jurídica que não a norma de decisão, de modo que se teria de, para fins de adequação, definir a constituição, pensada textualmente, como sistema potencial, isto é, como um *dever*, o que não é coerente com o desenvolvimento conceitual trabalhado pela teoria sistêmica em direito, na sua versão tradicional, que parece ter sido recepcionada acriticamente nesse momento do auto-designado *neoconstitucionalismo*.

Diante de alguns (alaerdados como) novos temas, velhas concepções: o momento neoconstitucionalista carece de mudanças de fundo. Permanece-se

partilham e, inversamente, uma comunidade científica consiste em homens que partilham um paradigma.” KUNN, Thomas S. **A estrutura das Revoluções Científicas**. 8.^a edição revista. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2003, pp. 220 e 221.

¹⁸⁹ “(...) o sistema jurídico do Estado de direito democrático português é um **sistema normativo aberto de regras e princípios**. Este ponto de partida carece de <<descodificação>>: (1) é um sistema jurídico porque é um sistema dinâmico de normas; (2) é um sistema aberto porque tem uma estrutura dialógica (Caliess), traduzida na disponibilidade e <<capacidade de aprendizagem>> das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da <<verdade>> e da <<justiça>>; (3) é um sistema normativo, porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, é feita através de normas; (4) é um sistema de regras e de princípios, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios como sob a sua forma de regras.” CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5 ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 1143. Não é preciso muito para perceber que afirmar a constituição como sistema de normas (essa passagem fora extraída de capítulo intitulado: *a constituição como sistema aberto de regras e princípios*) não significa muito dizer à medida que se esquivava o autor de definir o substantivo (sistema) para focar o sentido possível do adjetivo (normativo). Ademais, essa *dinâmica* que se pretende destacar acima é ela própria, tal qual concebida por Adolf Merkel e Hans Kelsen, reafirmadora da cisão entre *ser* e *dever-ser*, no sentido de se assinalar que o direito auto-regula a sua produção. Definição da constituição como sistema também se encontra em Luís Roberto BARROSO. “A Constituição (...) é um sistema de normas jurídicas. Ela institui o Estado, organiza o exercício do poder político, define os direitos fundamentais das pessoas e traça os fins públicos a serem alcançados.” *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Limites e possibilidades da constituição brasileira. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 77. Também assim, em Paulo BONAVIDES. ainda que numa perspectiva diferenciada, afirmando-se quase um sistema de constituição que não o é, recorre ao topos da sistematicidade no intento de ampliar a compreensão do que seja constituição, atentando para “globalidade de forças e formas políticas a que uma Constituição necessariamente se acha presa”. *Curso de direito constitucional*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 95.

raciocinando a normatividade jurídica como algo estático e prévio à realização do direito, não obstante lance-se, com frequência, mão da distinção entre *texto* e *norma jurídica*, sendo preferível, como acima se demonstrou, a expressão proposição jurídica para designar o primeiro desses entes. A grande opacidade teórica impeditiva de saltos quantitativos parece emergir desde a teoria do direito, à medida que, em que pese seja lugar comum procurar dinamitar os pressupostos teóricos da Escola de Viena e rechaçar o positivismo jurídico, discursivamente, como algo de onticamente podre, prossegue-se pensando a partir das premissas kelsenianas, cujos desenvolvimentos não se podem evitar sem um afastamento da proposta conceitual que radica na sua base, que vai desde a separação conceitual entre *ser* e *dever-ser* até a identificação da especificidade formal do direito em sua *normatividade* posta, isto é, em sua positividade, enquanto singular maneira pela qual juridicamente se impõem obrigações. Sem a isso se superar de forma consistente, não se pode com honestidade intelectual propalar novos estágios da teoria constitucional, afilhada que é da teoria do direito.

Afirmar a *supremacia constitucional* e a *normatividade da constituição* como estândares de uma guinada epistemológica, do modo como se tem procedido, é algo de espantoso. Primeiramente, num sentido negativo, porque se permanece, em regra, a identificar constituição com documento constitucional e a pensar as normas como algo posto, sobretudo as normas constitucionais, cujo caráter de superioridade faria delas imediatamente aplicáveis e irradiáveis por sobre os demais ramos jurídicos, quase que se desconsiderando que esse pretensu parâmetro de validade de todo o restante direito é também suscetível de interpretação. Em seguida, positivamente, porque de alguma forma é demonstração cabal da hipótese que se vem aqui desenvolvendo segundo a qual normatividade da constituição se constrói judicativamente. Há espaço para esse reconhecimento quando se afirma a sindicabilidade das proposições constitucionais como consagração da referida força normativa constitucional. A realização jurídica plena da constituição se dá nas decisões concretas e é viabilizada pela obrigatoriedade dessas. Aí não se aplicam normas constitucionais: realiza-se e constrói-se, intermitentemente, a constituição jurídica.

Esse não é espaço para exposições conceituais, de forma que não se intenta aqui sumariar teses nucleares do chamado *neoconstitucionalismo*, entretanto, por conta do caráter de fixação que tem assumido, cumpre destrinçar algumas notas a respeito da conexão que têm propalado os juristas entre direito e moral, como espécie de trunfo na

busca por fazer solapar o positivismo jurídico, sobretudo na sua versão hartiana.¹⁹⁰ Propugnando-se, com variações metódicas que se irão aqui ignorar, pela incorporação de critérios “meta-jurídicos”¹⁹¹ como possíveis parâmetros de aferição da validade das regras de direito,¹⁹² tornou-se corriqueiro pensar os designados princípios jurídicos como ponte entre direito e moral, afirmando-se aí a perspicaz rasteira neoconstitucionalista no constitucionalismo positivista, que aparece descrito como tedência no âmbito da qual o direito é operado como um “sistema de regras”.¹⁹³ Negligencia-se, nesse tipo de argumentação, que todo o direito legislado e mesmo a integralidade da positividade jurídica, sofrem também influxos e co-determinações de sentidos que emanam desde outros nós da teia social que não o direito pleno, quer seja da economia, quer da política e inclusive da moral. As proposições jurídicas não brotam da terra como cogumelos, espontaneamente. Há interesses, valores e acontecimentos diversos nas bases da positividade jurídica, o que se aplica também ao documento constitucional e às determinações que o integram. Para além disso, não se pode ignorar que na intermediação entre os critérios decisórios oferecidos pela positividade jurídica e a construção interpretativa da norma de decisão, inevitavelmente, de forma consciente ou não, elementos extra-positivos irão jogar papel relevante. Não parece haver, nesse ponto, aspecto qualitativo que distinga os ditos princípios jurídicos de outros tipos normativos, a ponto de se poder descrevê-los como aportes da moral no direito. Destarte, a plasmação de “princípios” morais em corpos legislativos não é inédita: a *internormatividade* do direito já há tempos fora assinalada, não se fazendo um

¹⁹⁰ Refere-se, aqui, à síntese elaborada por HART em seu *Post scriptum* ao *Conceito de direito*, apontando três teses centrais ao positivismo jurídico, a primeira das quais atinente à separação conceitual entre direito e moral, que se faz acompanhar da teoria das fontes sociais do direito e da chamada teses da discricionariedade judicial, a evidenciar a existência de lacunas jurídicas. HART, Herbert Lionel Adolphus. *Post scriptum al concepto de derecho*. Trad. R. Tamayo e Salmoran (eds.). Universidad Nacional Autónoma de México, 2000. Ver também, do mesmo autor: Positivism and separation of law and morals. In: DWORKIN, Ronald. *The philosophy of law*. New York: Oxford University Press: 1977, pp. 17-37.

¹⁹¹ É-se, aqui, fiel a terminologia corrente nos ensaios dos auto-designados neopositivistas. Parece primário que ao se referir aos critério extra-positivos como extra-jurídicos apenas se enodossa e percepção do direito como norma posta, que, via de regra, tais juristas se colocam a combater.

¹⁹² Interessante notar que esses mesmos auto-designados neoconstitucionalistas que afirmam necessária vinculação entre direito e moral prosseguem definindo o primeiro como sistema, o que faz sugerir uma aberração conceitual, mesmo à luz das recentes teorias sistêmicas, superadoras da dicotomia tradicional insistente em distinguir sistemas abertos e fechados, mediante a afirmação do caráter operativamente fechado e normativamente aberto do sistema jurídico. Ocorre que afirmar a moralidade das normas jurídicas como condição de validade significa admitir interferência do entorno (moral) no sistema (direito) desde o seu plano operativo, fazendo-se fundar direito em não-direito, desde o ponto de vista sistêmico, na irrefletida afirmação da moralidade do jurídico.

¹⁹³ DWORKIN, Ronald. Is law a system of rules? In: DWORKIN, Ronald (org). *The philosophy of law*. New York: Oxford University Press: 1977, pp. 38-65.

privilégio do presente, de modo que os conteúdos das proposições jurídicas são contingentes e não se determinam intra-positivamente, isto é, não são colhidos internamente à positividade jurídica e tampouco encerram nota particular que os faça jurídicos-em-si, vez que, insista-se, o que confere a plena juridicidade a um determinado substrato é sua realização judicativo-decisória. Outrossim, a imbricação entre direito e moral não é algo que precise ser postulado, à medida que é despiciente reivindicar aquilo que já existe de forma irremediável: no direito em realização, desde tempos imemoriais e, hodiernamente, de forma acentuada, interpenetram-se indissociavelmente as tramas diversas da teia social,¹⁹⁴ assim, por exemplo, preenche-se cheque pós-datado na confiança de que se não o vai anteriormente descontar na ausência de parâmetro legal que ampare uma tal prática, mas com o sentimento de que há aí um costume juridicamente respaldado. Finalmente, há que se admitir que ainda que se propugne idealmente a moralidade das normas jurídicas como balizadora de uma sua validade, as decisões judiciais se fazem vinculativas e operam seus efeitos independentemente de avaliações de *bem* ou de *mal*, com o que não se quer dizer que estas estejam afastadas do conteúdo decisório.¹⁹⁵

Ora, desde logo, percebe-se que este auto-proclamado *neoconstitucionalismo* não realizou ele próprio as transições necessárias para consubstanciar uma real mudança paradigmática no pensamento jurídico, de modo que se quiser reivindicar para si e ser digno desse nome, haverá de, no mínimo, se prestar à problematização daquela tese nuclear da teoria dominante nos tempos coevos, qual seja, a da sistematicidade do direito. Somente numa sua superação, que, reconhece-se, não virá senão a muito custo, se poderá avistar a constituição como realidade viva que é, não apenas como um documento *legível*, que se apresenta como pronto e acabado, verdadeiro discurso

¹⁹⁴ Também não se diga que a novidade está num constitucionalismo de princípios enquanto perspectiva teórica que faz de valores morais seus *princípios reitores*. Basta recordar os três princípios básicos da jurisprudência romana, flagrantemente radicados em fundações morais: *honestere vivere*, *alterum non laedere* e *suum cuique tribuere*.

¹⁹⁵ “(...) se puede constatar en Alexy una contradicción. Por un lado, Alexy afirma que tanto las normas jurídicas y las decisiones judiciales aislada, como también los sistemas jurídicos formulan necesariamente una pretensión de corrección. Por consiguiente, la conexión entre el carácter jurídico de una norma y la pretensión de corrección es analítica, o – como lo formula Alexy – es una conexión clasificatoria. Por otro lado, Alexy afirma que la pretensión de corrección en el caso de normas jurídicas y decisiones judiciales aisladas ‘tiene una relevancia exclusivamente cualificatoria.’ Pero si se trata de una conexión meramente cualificatoria, entonces la pretensión de corrección *no es necesaria* en el caso de normas jurídicas aisladas; ellas son normas jurídicas, aún cuando no formulen la pretensión.” BULYGIN, Eugénio. Alexy y el argumento de la corrección. In: ALEXY, Robert e BULYGIN. *La pretensión de corrección del derecho*. Tradução de Paula Gaido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2001, pp. 41-52, p. 45.

monológico, somente passível de aceitação ou recusa, mas como algo de *escritível*,¹⁹⁶ a permitir uma pluralidade de interpretações, que irão fatalmente ser operadas, de modo autêntico, na resolução dos diferentes casos por conta da obrigatoriedade da decisão jurídica.¹⁹⁷

3. *Vivência constitucional: mutabilidade e realização*

Mesmo o documento constitucional, enquanto formalização de escolhas, por uma miríade de fatores motivadas e determinadas, do povo de uma terra, num demarcado momento histórico, a perfazer um conglomerado de determinações constitucionais propositivas, ainda que almeje à estabilidade, pretendendo, certo modo, perenizar os interesses ali salvaguardados sob a forma de enunciados lingüísticos que o pensamento dogmático faz revestir de grau hierárquico superior ante as demais proposições jurídicas da construção escalonada da supostamente ordenada ordem jurídica, não restará imune ao evoluir do tempo e à sucessão dos homens da comunidade constitucional, que no travar das suas relações aventarão renovados interesses, não acolhidos pela original formulação textual daquele documento.

Entretanto, não é preciso sequer esperar o avançar dos tempos para que dois retratos que se faça de um documento constitucional não venham a coincidir. Não há que se olvidar o caráter propositivo das disposições jurídicas e tampouco ignorar que sozinhas, à distância de um interprete, são apenas preto no branco, isto é, palavrório por sobre um papel que não pode a si mesmo plenamente realizar,¹⁹⁸ pois sua realização se

¹⁹⁶ “Non é un paradosso affermare che il nostro diritto costituzionale è, in buona parte, un diritto non scritto, nonostante l’apparenza che potrebero far credere il contrario. Gli articoli del nostro Statuto, per esempio – e cio a maggior ragione si potrebbe dire per le carte più antiche – somigliano a delle semplici intestazioni di libri, le cui pagine sono state lasciate bianche e che vengono a poco a poco riempite con i materiali che forniscono i nostri usi e costumi politici, le nostre incipienti tradizioni, in una parola, l’evolgersi della nostra vita pubblica. Quegli articoli accennano, più che non dicano; anziché regolare gli istituti che menzionano, li presuppongono già regolati; sono come gli indici, per giunta non completi, di un código infinitamente più ampio, al quale si riferiscono come se esistesse, ma che in realtà deve ancora venire.” ROMANO, Santi. Le prime carte costituzionali. In: *Lo stato moderno e la sua crisi*. Saggi di diritto costituzionali. Milão: Giuffrè, 1969, p. 164.

¹⁹⁷ “Quem se vê coagido à decisão e, adicionalmente, à fundamentação de decisões, deve reivindicar para tal fim uma liberdade imprescindível de construção do Direito. Somente por isso não existem ‘lacunas no Direito’. Somente por isso a função interpretativa não pode ser separada da função judicativa.” LUHMANN, Niklas. *A posição dos tribunais no sistema jurídico*, p. 163.

¹⁹⁸ É mister abandonar a “crença de que alguma norma pode produzir todos os seus efeitos sem as necessárias condições fáticas, jurídicas e institucionais”. SILVA, Virgílio Afonso da. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. Tese apresentada para o concurso de provas e títulos para o provimento do cargo de Professor Titular, junto ao Departamento de Direito do Estado – área de direito constitucional – na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2005, p. 338.

faz dependente da referência aos casos diversos e juridicamente somente se dará judicativo-decisoriamente,¹⁹⁹ quando *poderá* o órgão julgador se valer do disposto no documento constitucional para confeccionar a norma de decisão.²⁰⁰

Na primeira hipótese, aquela em que transcorre o tempo e alteram-se as percepções e o sentir quanto à normatividade do documento constitucional, tem-se uma alteração no contexto que se reflete na significação que se atribui ao texto,²⁰¹ que, no caso, é representado pela estrutura dispositiva da constituição, abarcadora da totalidade das determinações constitucionais propositivas. Isso porque a normatividade constitucional inexiste estaticamente, repousando sobre o documento constitucional, cujas proposições não têm nelas entranhado significado normativo previamente dado, quer enquanto vontade do constituinte quer enquanto vontade da constituição. Tal normatividade constitucional somente se aperfeiçoa quando da prolação da decisão jurídica, veículo da normatividade e definidora de seu conteúdo concreto, diante de situação conflitiva trazida a juízo. Já na segunda cogitação, em que não é preciso aguardar que se passe o tempo para avistar diferentes sentidos atribuídos ao mesmo documento constitucional, tem-se peculiaridade que emerge da própria essência do fenômeno jurídico, cuja realização, enquanto direito pleno, se processa de maneira

¹⁹⁹ Acredita-se que essa constatação se faz motriz do golpe de martelo que se pode desferir contra a cisão conceitual, de cariz neokantiano, insistente em demarcar um âmbito conceitual do *ser* e outro do *dever-ser*. Na concretude da vida, não há como cindi-los e disso Hans KELSEN, não obstante plúrimas vezes mal interpretado e em que pese radicar na base de difusão dessa maneira dicotômica de se pensar o real, tinha perfeita ciência, sabedor que era de que *ser* e *dever-ser* se faziam válidos apenas como artifícios conceituais, o que fica patente na resposta que oferece o pensador de Viena a Rudolf SMEND, esmiuçando ali, talvez mais didaticamente que noutros lugares, os pressupostos epistemológicos da teoria pura do direito. “Foi a Escola de Viena que pôs e tentou resolver, pela primeira vez, o problema da relação, absolutamente peculiar, na qual o Estado, enquanto ordenamento normativo, não pode ser um ente que se põe no espaço e no tempo segundo coordenadas espaço-temporais. Mas ela, ao definir o Estado como um sistema de normas ou valores, os quais são para o sistema de normas ou valores não a ‘conditio per quam’, mas sim a ‘conditio sine qua non’.” *O estado como integração*. Um confronto de princípios. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 19. Ora, se o *dever-ser* somente se realiza no *ser*, não parece haver utilidade, sobretudo numa perspectiva realística, na manutenção da separação conceitual, impondo-se mergulhar no real, pensando-se-o como ele é. Em Hans KELSEN, tal abstração se justificava a partir dos seus intentos de construir uma metodologia pura, específica às ciências do espírito.

²⁰⁰ As proposições jurídicas não são capazes de incidir automaticamente sobre os problemas da vida. “Denn ein Gesetz kann sich nicht selber anwenden, handhaben oder vollstrecken; es kann sich weder selbst interpretieren, noch definieren, noch sanktionieren; es kann auch nicht – ohne aufzuhören eine Norm zu sein – selber die konkreten Menschen benennen oder ernennen, die es interpretieren und handhaben sollen.” SCHMITT, Carl. *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*. 2 ed. Berlin: Duncker & Humboldt, 1993, p. 14.

²⁰¹ “El mismo reglamento judicial dictado por José II dió lugar en Austria a um procedimiento escrito e indirecto y en los Países Bajos, en cambio, a um procedimiento oral y directo. Lo que Schindler (p. 93) llama ambiente, el medio cultural y natural, las normalidades antropológicas, geográficas, etnográficas, económicas y sociales, así como las normatividades no jurídicas, aquella parte del mundo circundante con o frente a la cual la Constitución normada jurídicamente debe formar um todo, es lo que, em primer término, determina su contenido y su individualidad.” HELLER, Hermann. *Teoria del estado*, pp. 283.284.

judicativo-decisória. Ocorre que todo o direito é marcado pela inevitabilidade das decisões jurídicas, o que não se excepciona ante ao ramo constitucional da juridicidade. Também aqui hão de conviver os partícipes da vivência jurídica constitucional com a fatalidade do termo final dos conflitos, que será definido em decisão jurídica prolatada pelo órgão competente, de modo que inclusive os juízes constitucionais estão, sempre, condenados a decidir. Desde aí o caráter escritível desse documento constitucional, que, confrontado a casos distintos e avaliado por juízes diferentes, ainda que no exatíssimo mesmo instante, poderá respaldar normas constitucionais distintas. Não por capricho judicante e tampouco por conta de uma arbitrariedade pejorativa, mas simplesmente porque as normas jurídicas inexistem senão em referência aos casos jurídicos e esses, enquanto tais, são irrepetíveis.

Todo esse articulado de idéias quer se prestar a ratificar que inexiste um conteúdo constitucional previamente definido e infiltrado no documento constitucional, em que se pese não se desprezem possíveis significados lingüísticos preliminares e se reconheça não haver nas comunicações humanas um grau zero de significação. Entretanto, mesmo esses indícios de sentido não são suficientes a permitir que a estrutura dispositiva constitucional amarre a normatividade da constituição a ponto de modelar um conteúdo apreensível e realizável como tal pelo interprete autêntico, chamado a decidir os casos jurídicos. Somente se saberá o conteúdo de uma norma constitucional confeccionado, entre outros fatores, a partir do documento constitucional, perante um caso específico, quando da prolação da decisão conducente à realização concreta do direito, pois somente aí haverá efetiva normatividade constitucional.

Da própria função das determinações constitucionais propositivas tendentes a atuar como parâmetros decisórios para casos futuros e como modelos comportamentais aos viventes da realidade constitucional, deriva essa incerteza do real conteúdo constitucional que fica, queira ou não, entregue ao devir. É que a futuridade das situações constitucionais, enquanto conflitos sobre os quais há possibilidade de se fazer incidir uma determinação constitucional, conduz a isso, que não se possa, anteriormente à realização judicativo-decisória do direito apontar-se quais são as normas constitucionais. Com efeito, nunca houve um tempo em que o juiz constitucional pudesse apenas encontrar, isto é, desvelar e posteriormente, de forma automática, aplicar a constituição.

Daí se poder afirmar do direito, na sua especificidade, isso é, enquanto fenômeno viabilizado e tornado operável pela *obligatoriedade da decisão jurídica*, a

rechaçar onticamente o *non liquet*, e fenômeno que somente se aperfeiçoa em seu acontecer que faz dele um *ser* que não o é senão *sendo*, que mais propriamente se pensaria como um *tornar-se* (vir-a-ser), que é, na constante realização, uma realidade *imprevisível*;²⁰² tanto mais quando pensado no seu aspecto vinculante, enquanto peculiaridade dessa normatividade humana. Imprevisível, pois não se deixa dizer de antemão, realizando-se como algo que não se consegue antecipadamente *ver* e, portanto, chardinamente, *saber*. É que a normatividade do direito não é *prior*, isto é, não se antecipa ao *decisum*, somente nele emergindo e trazendo consigo à tona aquilo que tem, enquanto jurídica, de peculiar, ou seja, o caráter *vinculante* das normas de direito.²⁰³ Com efeito, somente ali, na concomitância e na posterioridade de uma decisão jurídica final, proferida ao cabo de um procedimento esquematizado por regras reconduzíveis ao direito em realização, é que se aperfeiçoam as *obrigações jurídicas*, querendo significar que anteriormente às decisões, juridicamente, ninguém poderá ser compelido a comportar-se desta ou daquela maneira,²⁰⁴ pois é somente com o respaldo de uma decisão vinculante que se poderá mobilizar o aparato coercitivo existente à serviço da realização do direito no sentido da obtenção compulsória de uma conduta conforme. Assim,

²⁰² Em que pese não falte quem sustente ser tarefa da interpretação constitucional, desempenhada racionalmente, a de assegurar a previsibilidade jurídica. “El cometido de la interpretación es el de hallar el resultado constitucionalmente ‘correto’ a través de un procedimiento racional y controlable, el fundamentar este resultado, de modo igualmente racional y controlable, creando, de este modo, certeza y previsibilidad jurídicas, y no, acaso, el de la simple decisión por la decisión.” HESSE, Konrad. La interpretación constitucional. In: HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. 2 ed. Tradução de Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 33-54, p. 35.

²⁰³ Eis algo que está diretamente relacionado àquela essencialidade jurídica sobre a qual, durante toda a parte primeira deste ensaio, se discorreu, a significar que o direito só conhece sua efetiva normatividade, com caráter vinculante, nas concretas decisões dos diferentes casos jurídicos. É, em verdade, esse caráter vinculante das normas jurídicas, condicionado à prolação de uma decisão, ela mesma normativa, que se distingue a normatividade jurídica dos demais fenômenos normativos. Era essa especificidade nas *normas jurídicas* que perseguia, incansavelmente, Hans Kelsen. “Wenn es also überhaupt selbständige, von den Moralgesetzen und sonstigen sozialen Normen verschiedene Normen des Rechts gibt, dann kann deren spezifische Wesenheit nur in ihrer Form gelegen sein, in der Art und Weise, wie das rechtliche Sollen, die Rechtspflicht statuiert wird.” *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*. Entwickelt aus der lehre vom rechtssatze. 2 ed. Tübingen: Scientia Verlag Aalen, 1984, p. 70 (trecho retirado da reimpressão da segunda edição dos *Problemas Fundamentais da Teoria do Estado*, datada de 1923. A primeira edição é de 1911.) Com efeito, haveria acerto integral nessa assertiva de Hans Kelsen se se a concebesse como introdutória à afirmação de que essa forma individualizante da obrigação jurídica reside na peculiaridade de somente emergir ela na prolação de uma decisão concreta.

²⁰⁴ Essas percepções terminam por conduzir a uma necessária releitura da idéia da legalidade, tradicionalmente referida como *princípio da legalidade*, sendo mesmo de se pensar, com maior adequação, em *jurisidicionalidade*, de forma que o inciso II, do artigo 5, do documento constitucional brasileiro, por exemplo, quando propõe que “ninguém será obrigado a fazer ou não fazer alguma coisa, senão em virtude lei”, com mais propriedade deve ser entendido como *determinação* endereçada aos órgãos julgadores que, frente a proposições jurídicas legais, terão de decidir, interpretativamente, se a conduta em questão pode ou não ser exigida de uma pessoa, num específico contexto, de modo que somente na imediatidade e após a decisão regularmente proferida é que o compartamento visado se terá por *obrigatório*, vez que só aí é que se estará diante de norma jurídica vinculante.

também a constituição só se faz juridicamente vinculante quando realizada concretamente em uma decisão judiciária.

Eis que, inobstante o ideal de perenidade que alcança os documentos constitucionais desde os primeiros passos do constitucionalismo, ansioso por trazer à luz do dia um documento contenedor das decisões fundamentais de um povo, que haveriam de ser resguardadas, isto é, colocadas a salvo de eventuais imprudências majoritárias, pretendendo retirar da arena de debates determinados temas que se estima serem caros a toda uma sociedade, demonstra-se o documento constitucional, certa forma, como um documento enigmático, pelo que se pode, ainda que com alguma reserva, respaldar o diagnóstico de que a constituição é misteriosa²⁰⁵: ora, se mesmo sua parte escrita, tinta sobre o papel, revela-se incerta quanto ao sentido de sua normatividade, o que dizer sobre a constituição integral, isto é, a constituição viva, enquanto fenômeno que ultrapassa os limites do especificamente jurídico para alcançar outras ramificações da teia social. É que constituição não é ente que exista previamente, e de forma acabada, antes de seu concreto aparecer e que permaneça como identidade subjacente às suas sucessivas manifestações. Somente se torna real nas diversas formas de sua necessária revelação, sobretudo na sua dimensão normativa, dependente das concretas decisões judiciais.

Insista-se em que, ao se afirmar essa dinamicidade da realização constitucional, não se está a esvaziar de qualquer sentido o documento correlativo. Importa perceber que não é apenas juridicamente que se realiza uma constituição. No cotidiano dos viventes da comunidade constitucional também é o documento constitucional interpretado e com base nele decisões diversas empreendidas, de modo que para além do direito há constituição em constante realização e nesse seu realizar-se, pela *sacralidade* de que se reveste a idéia de constituição no imaginário dos designados cidadãos, cumpre papel impassível de ser desconsiderado o documento constitucional, ao qual sentidos corriqueiros são atribuídos pela comunidade aberta de seus intérpretes, que vivenciam a partir (não só, mas também) de seus enunciados lingüísticos experiência constitucional. Não se pode, portanto, atropelar a real circunstância de que muitas das proposições constitucionais são internalizadas pelos viventes constitucionais, embora mesmo os sentidos internalizados estejam sujeitos a modificações, que, aliás, certamente irão ocorrer.

²⁰⁵ STEVENS, John Paul. Judicial Restraint. *San Diego Law Review*. v. 22, maio/junho, 1985, p. 437

Há de se ter por assente a amplitude do fenômeno constitucional. A realização da constituição extrapola os limites do especificamente jurídico. A comunidade aberta dos intérpretes, a administração pública e o legislativo, por exemplo, vivenciam a experiência constitucional e mesmo asseguram que seja a constituição sempre viva, num incessante relacionar-se com realidades não essencialmente jurídicas e delas alimentando-se avidamente. Constituição é, portanto, realidade não exclusivamente jurídica, pois até mesmo em sua formulação textual, enquanto documento, ao pretender salvaguardar decisões fundamentais de uma comunidade, coloca-se nos confins do direito, em zona limítrofe com as demais ramificações da teia viva social, fazendo-se não apenas jurídica ao receber influxos de determinações éticas, políticas e econômicas, pelo que é o documento constitucional um documento de cultura e a constituição uma realidade multifacetada, simultaneamente direito e outras normatividades e normalidades. Entretanto, é no seio da judicatura que se realiza juridicamente a constituição, construída nos seus conteúdos casuísticos a cada decisão concreta. Significa dizer que a constituição em realização não se faz somente jurídica e que juridicamente a realização da constituição, como manifestação histórica do direito, aperfeiçoa-se judicativo-decisoriamente. Daí a imprescindibilidade de um aparato institucional para a *realização jurídica* da constituição, vez que sua normatividade está na dependência da prolação de decisão definidora-constitutiva dos conteúdos constitucionais relevantes para a resolução de uma específica situação constitucional, isto é, de um caso jurídico passível de ser solvido mediante a incidência de normatividade constitucional.²⁰⁶ Com efeito, é judicialmente que se dá a realização jurídica da constituição.²⁰⁷ Não se nega que a observância espontânea das determinações constitucionais seja também ela realização da constituição, ou mais propriamente,

²⁰⁶ “Los sistemas jurídicos son sistemas institucionales de normas. La principal característica de dichos sistemas es la existencia de instituciones que aplican normas. De modo que, solo si hay órganos aplicadores de normas tiene sentido predicar aplicabilidad de las normas.” MORESO, José Juan. *La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución*, p. 153. A aplicabilidade vai pensada, na obra de José Juan MORESO, como capacidade das *normas válidas* para figurar como premissas nas decisões jurídicas vinculantes, que estaria a definir sua *força obrigatória*. As normas, por sua vez, são ali entendidas como significados atribuídos a determinadas enunciações normativas.

²⁰⁷ E, de certa forma também, atualização e desenvolvimento do próprio documento constitucional, estipulando-se os conteúdos normativos das diferentes proposições, caso a caso. “El desarrollo jurídico del Derecho constitucional es la tarea de completar y perfeccionar el Derecho constitucional dado, diferenciándolo y enriqueciéndolo mediante una interpretación y una aplicación prácticas que obtengan reconocimiento; se refiere también a la labor que se realiza en aquellos casos en los que hay un margen para la decisión.” BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Notas sobre el concepto de <<cambio constitucional>>. In: BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*. Madrid: Editorial Trotta, 2000, pp. 181-196, p. 190. O que significa dizer todos os casos, à medida que na realização judicativo-decisória do direito “a ‘vinculação à lei’ torna-se (...) objeto da interpretação por parte do juiz”. LUHMANN, Niklas. *A posição dos tribunais no sistema jurídico*, p. 153.

constituição em sua realização, entretanto, não o é na sua especificidade jurídica, isto é, não se faz realização plenamente jurídica da constituição, não a individualizando enquanto histórica manifestação de direito.

A normatividade constitucional somente se aperfeiçoa plenamente com a decisão, pois é aí que nasce a vinculatividade jurídica, vendo-se os comportamentos humanos serem agarrados pela norma de decisão, que terá amparada a sua observância no aparato institucional que a cada época e em cada lugar se coloca a serviço da realização do direito. Nem a normatividade e nem o conteúdo das normas constitucionais está presente, senão em potência, nas determinações constitucionais enquanto proposições jurídicas. Anteriormente a prolação da decisão judicial, a nada se está *obrigado*, quer se trate de omissão, quer se trate de atitude positiva, valendo frisar que o conteúdo da vinculação constitucional, embora encontre nas determinações contidas no documento, não necessariamente será sobre elas construído, pelo que, como em todo o direito, guarda uma substancial imprevisibilidade. No entanto, proposições jurídicas construídas a partir de enunciados lingüísticos que as veiculam, isto é, de textos escritos, de regra são formalizações posteriores de uma já arraigada normalidade social.²⁰⁸ cumprem com aquela função de *memorandum*, já assinalada. É que a tipicidade formal da constituição, com freqüência, erige-se a partir da normalidade, na medida em que essa vier a corresponder aos interesses correntes no tempo da lavratura do documento constitucional, que embora não necessariamente a interesses consensuais, dada a fragmentação imensa a marcar as sociedades humanas, ganharão a aparência de revestidos de uma ampla valoração positiva, de modo que por serem supostamente essenciais à convivência dos homens de uma comunidade constitucional, hão de constantemente ventilar a memória dos órgãos julgadores, incumbidos da realização plena do direito.

Outrossim, há que se extirpar reducionismos conducentes à identificação da constituição àquilo que os órgãos julgadores dizem ser a constituição. A realização jurídica da constituição é sim judicativo-decisória, entretanto, isto não está a significar que a constituição se confunda com as reiteradas decisões judiciais que a realizam jurídico-concretamente. A obrigatoriedade da decisão jurídica viabiliza a confecção das normas jurídico-constitucionais para cada caso trazido a juízo, construindo-se

²⁰⁸ “A veces no son, por su contenido, más que reglas empíricas del obrar que únicamente han sido abstraídas de la realidad social por los órganos estatales, formuladas y, en cierto sentido, sistematizadas.” HELLER, Herman. *Teoría del estado*, p. 281.

interpretativamente o conteúdo constitucional ali realizável. Aliás, a pura e simples decidibilidade dos conflitos, a encargo de órgãos competentes, já se apresenta como realização jurídica da constituição, que tem lugar, conforme assim se indicou, toda a vez em que as demandas trazidas a juízo são resolvidos, fazendo-se concretizar o cerne da constituição na desincumbência do afazer decisórios pelos terceiros julgadores, pelo que, parcialmente, toda a realização do direito se faz constitucional.

A decisão judicial referente a uma singular situação constitucional revela o que se entende e o que se aperfeiçoará como constituição jurídica num determinado e irrepetível caso, mas, saliente-se, não se confunde com a constituição toda. Ademais, a constituição não será aquilo que seja lá quem for quiser nela ver, porque, assim como se passa com o fenômeno jurídico noutras searas, também a constituição, enquanto manifestação histórica do direito, não é monopolizável pelos atores sociais, isto é, não se deixa marionetar,²⁰⁹ à medida que não se esgota em um documento e tampouco se limita aos contornos da realidade jurídica, transcendendo-a, permeada que é, enquanto vivência, por influxos não especificamente jurídicos, mormente políticos.

Deveras, a dimensão política da constituição e mesmo do documento constitucional não pode ser ignorada.²¹⁰ Aquilo que figura na estrutura dispositiva desse documento, bem como aquilo que ali não se encontra é fruto de escolhas a que se chega a partir de um sem número de variáveis, lidando-se com interesses presentes no

²⁰⁹ “Realmente, mesmo se essa visão fosse elevada e sublime, a idéia da possibilidade de se colocar um arreio e controlar a Constituição, parece errada.” TRIBE, Laurence e DORF, Michael. *Hermenêutica constitucional*. Tradução de Amarílis de Souza Birchall. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 31.

²¹⁰ Há mesmo quem se refira ao direito constitucional mediante a designação de direito político. “Han designado algunos autores modernos el derecho político com el nombre de ‘*Derecho constitucional*’.” “Esta denominación viene de la palabra Constitución, ley política y fundamental, en la que se establecen las normas por las que se rige el Estado. Bien pudieran tomarse, por lo tanto, como sinónimas las expresiones ‘*Derecho político*’ y ‘*Derecho constitucional*’.” IZAGA, P. Luis. *Elementos de Derecho Político*. 2 ed. Tomo I. Barcelona: BOSCH, 1952. Também assim, Lucas Pablo VERDÚ, que incansavelmente discorre acerca da inter-relação direito constitucional/política. “la realidad política condiciona, relativiza y, a menudo, se impone sobre las normas jurídicas. (...) el estudio del derecho constitucional no puede separarse de la atenta consideración del medio sociopolítico en el que opera. (...) si utilizamos la denominación Derecho político es por conservar una expresión tradicional, profundamente arraigada en España y en los países de lengua castellana que, además, recoge, significativamente, esos dos polos constantemente presentes en nuestro quehacer académico: la norma jurídica y realidad política.” VERDÚ, Pablo Lucas e DE LA CUEVA, Pablo Lucas Murillo. *Manual del derecho político*. 3 ed. V. 1. Madrid: Tecnos, 1994, p. 23. Tome-se essas passagens exemplificativamente, vez que não condizem elas com as premissas conceituais até aqui esboçadas. A primeira por reduzir o âmbito do direito constitucional ao Estado, desprezando a incidência das proposições constitucionais sobre a vida dos privados, que, ademais, no seu diário acontecer engendra a realidade constitucional. A segunda por conta de reduzir a normatividade jurídica às proposições constantes nos corpos legais, procedendo a uma identificação que se fosse real faria de todo o direito “nati-morto”, vez que tão logo vindo à superfície se faria desfalecer pela ultrapassagem da faticidade. Eis que há de se frisar que a realidade constitucional, aí referido por política, é também ela constitucional. Demais disso, as próprias normas são realidade, à medida que a incorporam no momento de realização decisória do direito.

momento histórico de sua confecção. Não há, portanto, uma materialidade constitucional que se possa em todo e qualquer documento constitucional identificar, quer pelo critério de fundamentalidade, quer por qualquer outro, de forma que aquilo que se verterá ou não em determinação constitucional propositiva, veiculada linguisticamente no documento constitucional, é determinado em deliberações levadas a cabo pelos homens de cada tempo, ou melhor, pelos incumbidos, num instante histórico, de elaborar o texto daquilo que se chamará constituição. Inexiste, nesse sentido, critério preciso que permita separar, substancialmente, uma determinação constitucional propositiva de uma outra proposição jurídica que, segundo o pensamento dogmático corrente, goze de *status* infraconstitucional.²¹¹ Não há como se pensar com adequação a constituição se se insistir, destarte, em aproximá-la a uma *unidade sistemática*, algo que não se pode assimilar nem mesmo ao documento constitucional, que observado cruamente, com olhar realista, apresenta-se mais como uma coleção de proposições jurídicas justapostas, de diversas naturezas, as quais estão ali por conta de interesses preponderantemente políticos que as querem estáveis.²¹² Tampouco a validade das proposições constitucionais repousa sobre a coerência e justeza de seus preliminares significados, de modo que a unidade possível de um documento constitucional, enquanto elo a irmanar suas proposições, está em reconhecer-lhe a vigência por conta de ter sido emanado de autoridade jurídico-política incumbida do afazer de legislar constitucionalmente, que faz supô-la válida, sem esquecer-se que esta validade em tese não se confunde com a concreta *normatividade constitucional*, construível caso a caso.

Os normativistas estritos que insistem em ver na Constituição um *sistema normativo* evidente, cujas *normas* hão de ser invariavelmente aplicadas em nome de uma *supremacia constitucional*, cometem, ainda que de forma culposa, atentado contra essa própria normatividade: um direito pensado como norma posta, e isso já é algo de

²¹¹ “Pero no podría establecer, a pesar de sus exigencias, la propia teoría del Derecho Natural, un limite estricto entre las leyes constitucionales y las leyes simples. Aun menos puede esto mostrárnoslo la práctica constitucional; para comprenderlo así, basta echar una ojeada a las innumerables Cartas constitucionales que se han publicado desde hace un siglo. Hay muchas que no abarcan ni aun siquiera todo el Derecho Constitucional en sentido material.” JELLINEK, Georg. *Teoria general del estado*, p. 435.

²¹² “Die Verfassungen der verschiedenen Staaten erscheinen als eine Reihe verschiedenartig zusammengesetzter Normierungen: organisatorische Bestimmungen über die wichtigsten staatlichen Behörden, über das Verfahren der Gesetzgebung und die Regierung, Programme und Richtlinien allgemeiner Art, garantien gewisser Rechte und zahlreiche Einzelbestimmungen, die nur deshalb in die Verfassung hineingeschrieben werden, weil man sie den wechselnden Parlamentsmehrheiten entziehen will und weil die Parteien, welche den Inhalt der “Verfassung” bestimenn, die Gelegenheit benutzen, um ihren parteimäßigen Forderungen den Charakter von Verfassungsgesetzsen zu verleihen.” SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre*, p. 15.

banalizado nas letras jurídicas, não faz frente ao câmbio frenético da vida, convertendo-se as determinações constitucionais, confundidas com normas jurídicas, ao exigir-se que cumpram papel que não lhes cabe, imaginando-se-as como capazes de vincular condutas, em letra morta sobre a folha de papel (ou em caprichos da tradição, quando se tratar de proposição constitucional costumeira).²¹³

O documento constitucional, talvez contrariamente ao que se poderia desejar daquele ente que se apresenta (idealmente) como bastião da justiça no direito, é um documento contraditório: não é consistente ou coerente e nem poderia sê-lo,²¹⁴ tanto mais quando se atenta para o seu caráter idealmente compromissário.²¹⁵ A pluralidade de interesses e de concepções acolhidos pelo documento constitucional é-lhe, ademais, essencial à sua subsistência, à medida que a sociedade que lhe respalda não é, ela mesma, homogênea, tanto mais nesses tempos presentes em que a fragmentariedade se faz tônica. Não se pode, numa perspectiva minimamente lúcida, reduzir a constituição e sequer o documento constitucional a uma unidade central. A constituição, que é mais que o documento constitucional, é antagônica e se choca contra si mesma: é contraditória e viva; contraditória porque viva.

²¹³ “O possível não se converte em dever, mas o impossível em postulado, se a constituição é percebida como estrutura ‘evidente’ de normas que na sua tecnicidade restringe à forma lingüística deve ser suficientemente concretizável com as regras *savignyanas* da interpretação textual”. MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho em direito constitucional*. 3 ed. Tradução de Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 30.

²¹⁴ “Como es lógico, la Constitución no es expresión rígida ni al pie de la letra de ninguna concepción doctrinal, sino que representa la plasmación de unos acuerdos, de unas decisiones sobre las reglas del juego compartidas por la gran mayoría de los grupos políticos con representación parlamentaria. Sin embargo, su formulación asume la concepción científica más influyente en la actual conjuntura de la cultura jurídica, en cuyo ámbito se sitúa.” PECES-BARBA, Gregório. *La constitución y los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006, p.36.

²¹⁵ “A noção de que a Constituição engloba um conjunto permanente, integrado e imutável de princípios e valores fundamentados – processuais, estruturais ou de objetos – parece um conceito intelectual extraordinário, inconsistente com o caráter de várias provisões constitucionais, como as cláusulas concretamente políticas, que apresentam contingentes históricos nem sempre coerentes; compromissos (...) Mas a Constituição, a nossa maneira de ver, não teria capacidade de expressar ‘uma teoria política coerente’, embora reconheçamos que esse seria um fundamento profundamente humano e simpático. Parece até uma contradição supor que alguém seja capaz de ler uma Constituição criada da forma que a nossa foi, e pensar que ela seria a expressão de uma filosofia única”. TRIBE, Laurence e DORF, Michael. *Hermenêutica constitucional*, pp. 25 e 32. Em referência à constituição dos Estados Unidos da América. Também Carl SCHMITT discorrera sobre o caráter compromissário da constituição de Weimar. *Verfassungslehre*, pp. 28-36. Uma tal natureza compromissária do documento constitucional, ademais, se faz suposto basilar à concepção daqueles que sustentam a necessidade de uma *realização integral* do documento constitucional. “A Constituição, atualmente, é o grande espaço, o grande *locus* onde se opera a luta jurídico-política. O processo constituinte é, agora, um processo que se desenvolve sem interrupção, inclusive após a promulgação, pelo poder Constituinte, de sua obra. A luta que se trava no seio da Assembléia Constituinte, após a elaboração do documento constitucional, apenas se transfere para o campo da prática constitucional (aplicação e interpretação)”. CLÉVE, Clemerson. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade*. 2 ed. São Paulo: RT, 1999, p. 23.

Constituição é fenômeno que extrapola delimitações conceituais. De pouca utilidade são as aventuras taxionômicas consistentes em qualificar formalmente e materialmente as proposições constitucionais.²¹⁶ Ao se distinguir uma constituição material de uma formal apenas se dá vazão às idealizações racionalistas, imaginando-se haver um núcleo de matérias essencial às constituições, que nessas incursões classificatórias terminam confundidas com emaranhados de proposições jurídicas, algumas insertas em documento constitucional, outras encontráveis noutros corpos legislativos. Talvez seja possível apontar as regras de organização e exercício de poder como conteúdos geralmente constitucionais no sentido de que costumam figurar nos diferentes textos enunciados pelos órgãos constituintes. Entretanto, parece não haver, para além da regulação dos mecanismos decisórios requerida pela obrigatoriedade do *decisum*, uma matéria intrinsecamente constitucional a demarcar a identidade dos documentos constitucionais de diferentes comunidades, em que pese a quase obsessão dos juristas pela separação dos poderes e pelos direitos humanos. Documentalmente constitucional será aquele conteúdo definido como tal pelo órgão constituinte, via de regra ressalvado por uma difícil revisibilidade, somente podendo ser alteradas as disposições constitucionais mediante específico procedimento. Ressalte-se, no entanto, que definir essa propriedade como identificadora daquelas matérias que são constitucionais significa incorrer em engano à medida que se faz depender de disposição constitucional determinada, aquela atinente à reforma do documento constitucional, a constitucionalidade das demais disposições, olvidando-se que também aquela específica determinação constitucional é parte da constituição por algum motivo e que, com adequação, não poderá servir de critério para definir a razão de sua própria constitucionalidade. Com mais correção, quer parecer que determinadas matérias são dificilmente modificáveis, no quadro da rigidez constitucional, por serem constitucionais e não o contrário, de modo que o que faz delas constituição é contingência e resulta de estipulações que se operam mormente no campo político, a depender de ajustes entre os homens de cada tempo e lugar.

Somente serão documentalmente constitucionais aquelas proposições que corresponderem aos anseios dos diferentes grupos de interesses em imunizar certas

²¹⁶ Utilidade nessa distinção entre constituição formal e material haveria somente se se pensar que os juízes estão habilitados a desconsiderar o vigor constitucional de um dispositivo por conta de ser apenas formalmente constitucional. “Esta distinción entre los dos conceptos, material y formal, de Constitución, se reproduce con frecuencia en los tratados de derecho público. Carece, sin embargo, de valor, al menos desde el punto de vista jurídico.” CARRÉ DE MALBERG. *Teoría general del estado*. Tradução de José Lion Depetre. México: Fondo de cultura económica, 1963, p. 1238.

matérias contra eventuais abusividades dos poderes constituídos, legitimando-os, e mesmo contra a ação de fatores temporais, o que, anote-se, tende a fracassar, pois a constituição vivente suplanta diariamente a correspectiva tipicidade formal. Sobeja despropositado assinalar caráter de unidade a uma realidade estilhaçada, isto é, pontuada por interesses com freqüência repelentes uns com relação aos outros e fortemente atravessada pelas mutações.²¹⁷

²¹⁷ “(...) los límites de la Constitución, como los de la ley, son siempre inciertos y no hay ninguna garantía de que leyes pretenden basarse en la Constitución no la contravengan a pesar de todo, produciendo así un cambio de la Constitución que no lo querían o, por lo menos, no lo pretendían explícitamente. (...) hay otras instancia que interpretan a las constituciones, es decir, no sólo los tribunales, además, las autoridades administrativas (...) A los americanos les gusta decir que en la historia mundial sólo hay tres documentos cuyas palabras han sido interpretadas tan a fondo como su Constitución: la Biblia, el Corán y el Digesto. Ahora bein, el arte máximo del intérprete no consiste en la interpretación externa, sino en la interna: ‘Que la interpretación sea firme y despierta, sino interpretaís, entonces subsiste lo que está debajo.’ Estas palabras poéticas se convierten en máxima suprema para la mutación de la Constitución mediante interpretación judicial.” JELLINEK, G. *Reforma y mutación de la constitución*. Tradução de Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 15; 20 e 27.

PARTE III – REDE

1. Entre sistema do direito e pensamento sistemático

Que o direito é um sistema é algo que tem sido tratado mais como um pressuposto que uma tese a ser discutida,²¹⁸ no atual estágio do pensamento jurídico. Trata-se de verdadeiro hábito mental dos juristas, constatável pela sinonímia, que se pode aferir nos inúmeros textos da literatura jurídica, insistentes em equiparar direito, ordenamento e sistema, expressões utilizadas indistintamente para designar uma só e mesma realidade.²¹⁹ Mesmo no âmbito da teoria *crítica*, que nesse ponto muito bem poderia ser chamada *tradicional*, operam os diferentes autores *a partir* da noção de sistema, talvez irrefletidamente, restringindo-se suas locuções às questões intra-sistêmicas, raramente problematizando-se o ponto de partida.²²⁰

Destoando um pouco dessa tendência dominante, procura-se aqui problematizar o caráter sistêmico do direito, assumindo-se uma sua determinada representação, aquela de matriz kantiana, como referencial das reflexões desenvolvidas, vez que parece estar a idéia kantiana de sistema na base de grande parte das formulações sistêmicas do direito, sobretudo daquela veiculada a partir da teoria pura kelseniana, o mais maduro fruto da construção sistemática, em direito. Desde esse referencial, propõem-se aqui algumas indagações acerca da adequação ou não do modelo sistêmico ao modo de realidade do direito, o que se fará desde perspectivas interna, operando-se com um específico conceito de sistema, e externa, no sentido de questionar aplicabilidade do modelo sistêmico ao direito presente, inserido na teia social e submetido às nuances de uma nova estrutura organizacional da sociedade, que se vem dizendo reticularizada, o que significa indagar sobre a capacidade desse modelo sistêmico em refletir e explicar o direito contemporâneo.

²¹⁸ “A unidade do direito, como sistema, é inquestionável.” MACHADO, Luiz Alberto. *Direito Criminal*. parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

²¹⁹ “Es casi un lugar común del pensamiento jurídico, que las normas jurídicas que integran el derecho de un país constituyen un conjunto unitario al que cabe atribuir carácter de sistema.” BULYGIN, Eugenio. Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos. *Revista Doxa*. n. 9, 1991, pp. 257-279, p. 257.

²²⁰ “O Direito apropria-se de conceitos e, a partir deles, estabelece abstrações. Quando estas, a seu turno, confeccionam-se umas com as outras e forma um sistema. O sistema conforta porque dá respostas por meio de regras e presunções, e quando estas não são suficientes, cria ficções, tornando-se um sistema tão pronto e acabado que não permite a ninguém que o desconheça, ao menos em termos jurídicos, ainda que o ignore no plano real e material.” FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

Antes de mais, há que se registrar que já têm sido reconhecidas, em alguns setores da literatura jurídica, limitações à própria idéia de um sistema jurídico, dentre as quais há que se pontuar aqui pelo menos três²²¹. A *primeira* delas se refere à circunstância de que a representação do direito como sistema não é outra coisa que não um determinado modelo de se conceber o fenômeno jurídico, dentre tantos outros possíveis e que, como todos eles, paga o preço das representações, isto é, de explicações que se colocam no lugar das coisas que se pretende por meio delas ver explicadas. Se se adentrar numa perspectiva histórica,²²² constatar-se-á que a temática de um sistema jurídico, mais propriamente do direito enquanto sistema, não conta com mais de três séculos de existência, sendo que difícil será apontar uma elaboração teórica em torno de um sistema interno do direito anterior a *Reine Rechtslehre*.²²³ Tão somente essa peculiaridade parece ser suficiente para colocar à evidência o *status* de simples modelo teórico da idéia de sistema, que se trata de mais uma simplificação conceitual de que se valem os juristas e não de um dado ôntico do direito, enquanto modo de solução de conflitos, fulcrado na obrigatoriedade da decisão jurídica, o que significa dizer que não pode ser razoavelmente concebida a sistematicidade como idéia inscrita no próprio coração do fenômeno jurídico.²²⁴

Uma *segunda* limitação apontável se refere ao fato de que não raras vezes este modelo teórico tem sido elaborado não sobre o direito, enquanto fenômeno decisional, mas sobre os discursos que acerca dele são produzidos, surgindo aí não apenas confusão conceitual, à medida que se trata por *sistema do direito* algo que não é senão um determinado esforço de *sistematização* empreendido pelos juristas, mas também

²²¹ Recomendada-se a leitura de BARBERIS, Manuel. Conjuntos y sistemas. *Una objeción a Alchourrón y Bullygin*. Revista *Doxa*, n. 20, 1997, pp. 23-57. As idéias ali contidas dão substrato à problematização ora levada a cabo.

²²² Para uma abordagem histórica, ver por todos, a trilogia: LOSANO, Mario G. *Sistema e struttura nel diritto*. vol. 1: dalle origini alla scuola storica. Milano: Giuffrè, 2002, XXIX-373 pp; vol. 2: *Il Novecento*, XVIII-311 pp.; vol. 3: *Dal Novecento alla postmodernità*, XVIII-371 pp. Também assim: VILLEY, Michel. *Formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pp. 612-674.

²²³ Em que pese a noção de sistema seja bastante anterior e, em perspectiva externa, isto é, enquanto esboço de um pensamento sistemático, seja possível identificar sua correlação ao direito já dentre os romanos, sob a forma de tentativa de alguns jurisconsultos em ordenar didaticamente as fontes jurídicas, buscando espantar as incertezas por eles repugnadas. A esse respeito: GAUDEMET, Jean. Tentatives de systématisation du droit à Rome. *Archives de philosophie du droit*. Tome 31, 1986, pp. 11-28.

²²⁴ Ainda que se a conceba aqui como evidente, essa percepção falta mesmo às mais lúcidas mentes que têm se ocupado da teoria do direito: “Que le droit – du moins le droit occidental moderne – se produisse sous la forme du système est une évidence difficilement réfutable (...) l’exigence de systematicité inscrite au coeur même du phénomène juridique.” OST, François et KERCHOVE, Michel van de OST, François et KERCHOVE, Michel van de. *Le système juridique*. Entre ordre et désordre. Paris: PUF, 1988, pp. 9 e 129.

contribuindo-se para acentuação de um irrealismo metodológico, que se perfaz pelo afastamento cada vez maior dos modelos teóricos com relação aos problemas concretos, de modo que discutem-se teorias e concepções e sobre elas criam-se metadiscursos, deixando-se na penumbra a vivência jurídica, operacionalizada a partir do dever de decidir, de forma que os juristas muitas vezes não têm feito outra coisa que não se entreglosar.

Derradeiramente, a *terceira* limitação de que aqui se ocupará se refere à peculiaridade de que lá naqueles textos em que se encontra afirmado o caráter sistêmico do direito, este se apresenta antes como um simples *conjunto de normas*, do que como um sistema em sentido estrito, que, em tese, imprescinde de uma estrutura ordenada. É nesse ponto que se avista a possibilidade de atacar o pressuposto da sistematicidade do direito desde uma perspectiva interna, à medida que dizer que o direito é *conjunto de normas* é abrigar tese pouco elaborada e que mesmo dentro de seus limites estreitos padece do vício de não corresponder à fenomenologia do direito, fazendo-se desmentir pela própria essência deste.

Ainda que com variações, as diferentes representações literárias do direito como sistema encontram suporte na *arquitetônica da razão pura*, concebida por Immanuel Kant,²²⁵ definindo-se o sistema como um conjunto de temas, finalisticamente orientado, colocados em relação por um princípio unificador. Nesses termos, procura-se realçar as qualidades de *unidade e ordem* do pretense sistema jurídico,²²⁶ bem como, com freqüência, quer-se sugerir a simultânea *completude e coerência* do direito.

Transpondo-se tal conceito ao direito, define-se-o, sistêmicamente, como *conjunto ordenado de normas orientado para um fim*. Disto, pode-se afirmar que a transposição do conceito de sistema para o direito faz-se, na maior parte dos autores,

²²⁵ “Ora, por sistema, entendo a unidade de conhecimentos diversos sob uma ideia. O conceito científico da razão contém assim o fim e a forma do todo que é correspondente a um tal fim. A unidade do fim a que se reportam todas as partes, ao mesmo tempo que se reportam umas às outras nas ideias desse fim, faz com que cada parte não possa faltar no conhecimento das restantes e que não possa ter lugar nenhuma adição accidental, ou nenhuma grandeza indeterminada da perfeição, que não tenha os seus limites determinados *a priori*. O todo é, portanto, um sistema organizado (*articulado*) e não um conjunto desordenado (*coacervatio*); pode crescer internamente (*per intussusceptionem*), mas não externamente (*per oppositionem*), tal como o corpo de um animal, cujo crescimento não acrescenta nenhum membro, mas sem alterar a proporção, torna cada um deles mais forte e mais apropriado aos seus fins.” KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. 5 ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 2001, p. 657.

²²⁶ Vide CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3 ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 2002, pp. 9-14.

deficitária, à medida que se transplanta um conceito pela metade,²²⁷ pois se esquece de trazer para a discussão jurídica o elemento fundante da própria noção de sistema, isto é, o princípio unificador, que é aquele que haveria de colocar todo e partes em relação ordenada. Talvez tudo assim se passe em decorrência da própria dificuldade em se identificar um tal princípio, que em todos os tempos e lugares tenha respondido pela pretensa unidade do direito, pelo que esquivam-se os autores dessa discussão.

Não bastasse restar comprometida a idéia de um sistema do direito, no mais das vezes, pela precariedade de sua definição, há que se colocar em relevo que a noção de *conjunto ordenado de normas* não resiste ao mais superficial confronto com a vivência jurídica. Inexistem normas jurídicas anteriormente ao curso de um processo de interpretação jurídica, aquelas se fazendo produto desta. Não há norma jurídica previamente à decisão,²²⁸ sendo que a própria interpretação se leva a cabo justamente para que se possa decidir, isto é, para que se possa talhar a norma de decisão. Se se pensa nessas linhas, cai por terra a definição de direito como conjunto ordenado *de normas*, a perfazer um sistema, vez que se assim fosse, ter-se-ia, permanentemente, um sistema-ainda, ou mais propramente, um sistema que não-é, comprometido pela falta substancial de seu elemento constituinte, de modo que afirmar-se-ia um conjunto *de normas* que delas não pode ser composto, senão potencialmente, vez que essas normas somente se apresentarão ao conhecimento nos diferentes momentos decisoriais.

Entretanto, há que se observar, inclusive por questão de honestidade intelectual, que na teoria ainda dominante, quando se fala em normas jurídicas não se está a tratar do resultado do afazer hermenêutico, antes se referindo esse conceito a um emaranhado de proposições jurídicas, resultantes da atividade legiferante. Supõe-se norma como ente estático, pré-constituído com relação à interpretação jurídica, a qual caberia tão somente conhecer as normas dadas pelo legislador. Nesse sentido, o conceito de sistema não é comprometido por lidar com elementos potenciais, mas se faz vitimar pela completa dissonância com o real. Essas normas prontas e acabadas desde o momento legiferante, supondo correspondência biunívoca entre proposições e normas jurídicas, não se encontram em lugar algum no fluxo da vivência jurídica, vez que

²²⁷ Para além de um desconhecimento da própria idéia kantiana de sistema, que não diz respeito às coisas observadas, mas a uma específica formulação da ciência, que haveria de ser sistemática, afigurando-se a construção de sistemas teóricos como tarefa fundamental do cientista.

²²⁸ “*Eine Rechtsnorm ist jedoch mehr als der Normtext. Praktische Konkretisierung ist mehr als Text Auslegung.*“ MÜLLER, Friedrich e CHRISTENSEN, Ralph. *Juristische Methodik*. Band I: Europarecht. 2., neu bearb. und stark erw. Aufl, 2006, p. 36.

direito é devir,²²⁹ não existindo de forma plena senão na decisão jurídica, que é o lugar por excelência de sua eclosão no mundo da vida, sendo que tão logo venha a emergir, realizando-se no caso concreto, desfaz-se para adiante se refazer, num eterno contínuo que não admitirá interrupções, vez que o direito se faz operacionalizar pela *obligatoriedade da decisão*. Eis que nesse sentido, a noção de sistema enquanto conjunto de normas se há de rejeitar à medida que se erige como negação da realidade do direito, sobretudo na medida em que não contempla interpretação e decisão jurídicas, amputando do direito seu momento conglobante, sem o qual não pode ele emergir, ficando lesada a própria vivência jurídica. Trata-se de concepção demasiado presa à positividade jurídica e que pretende ver nela esgotado o direito, de modo que o pensamento sistêmico aparece deveras imantado à concepção que reduz o direito às normas-dado.²³⁰

Não fosse suficiente esse ataque à composição do pretense sistema jurídico, afastando-se a possibilidade de pensar o direito como conjunto normativo, há que problematizar a possibilidade de que se mantenha ele como um todo *ordenado e unitário*.²³¹ Por unidade do direito e do sistema jurídico costuma desingnar-se a particularidade de produzir-se, sequencialmente e de forma ordenada, a integralidade das proposições jurídicas, identificadas com o direito todo, a partir de uma origem comum que sói ser apontada como fundamento de validade de toda a juridicidade.²³² Desde então, a unidade do direito, enquanto sistema, estaria a significar que a alteração de uma de suas partes acarretaria necessária modificação nas outras porções, afetando o todo jurídico, que não tardaria a se reequilibrar, adaptando-se à turbacão momentânea.

²²⁹ “el Derecho, en feinitiva, no existe en ninguna parte: no está en la ley ni en las decisiones judiciales, pasadas o incluso presentes (salvo, en lo que concierne a estas últimas, para las partes en litigio). No es nunca otra cosa que devenir; su único lugar de emergencia es la decisión singular, pero en cuanto aparece, expira.” OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. *Revista Doxa*, n 14, 1983, p. 178.

²³⁰ Trata-se de uma ciência da *legislação* e não de uma ciência jurídica, insistente em reduzir a vivência jurídica ao momento legiferante de seu acontecer e que, ainda hoje, habita a quase integralidade dos volumes colocados à disposição nas prateleiras das bibliotecas jurídicas.

²³¹ “Quand on parle de ‘système’, on préssuppose à l’ordinaire et sans le dire son unité. (...) rien n’y correspond dans la réalité effective du droit. (...) On préssuppose tout simplement l’unité du système sans avoir l’idée de chcher à savoir comment le systeme acquiert cette unité.” LUHMANN, Niklas. L’unité du système juridique. *Archives de philosophie du droit*. Tome 31, 1986, pp. 163-188, pp. 163 e 164.

²³² “Die Einheit der Rechtsordnung ist im wesentlichen die Einheit eines Erzeugungszusammenhangs.” Kelsen, Hans. *Allgemeine Staatslehre*. Berlin: Julius Springer, 1925, p. 99. Nesse sentido, a unidade se aproxima de uma possível significação de que atribui à coerência do sistema. “Il termine italiano ‘coerenza’ designa due concetti: la *coherence* (ossia la quidditas dei testi) e la *consistency* (ossia l’assenza di contradizioni). (...) Ogni sistema giuridico è *coherent*, in quanto individuato dalle medesime metanorme costitutive sulla validità (...)”. Rossetti, Andrea. Gödel in deontica: l’applicabilità del teorema di Gödel al giuridico. *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, LXXVI, n. 3, 1999, pp. 417-453, p. 420.

Não se tem, até aqui, conseguido descrever essa unidade sistêmica como internamente construível, isto é, mediante a eleição de um princípio unificador radicado no interior da juridicidade, com frequência tendo sido buscada a fundamentação da unidade sistêmica em elemento não-sistêmico, isto é, radicado no seu exterior.²³³ É o que se verifica no recurso da teoria pura do direito à ficção da norma fundamental, mediante a qual se procura fundar a unidade do sistema normativo, fazendo-se uso, portanto, de uma mentira técnica, cuja artificialidade da construção reboa evidente. Não se consegue pensar a validade do direito, enquanto sistema, sem recurso a uma hipótese primeva não demonstrável intra-sistemicamente: todas as proposições jurídicas se validam com fundamento em uma ficção; em uma mentira.²³⁴ Para além disso, exame sumário da realidade jurídica faz chocarem-se as constatações imediatas a essa formulação pretendente em nela avista um todo concatenado, em que cada alteração se procede consciente de interferência suposta que há de gerar ao restante das proposições jurídicas: não apenas não há correlação necessária entre uma e outra eventual alteração no emaranhados das proposições jurídicas, havendo, por exemplo, inconstitucionalidade flagrantes que jamais são construídas judicialmente como tais e seguem produzindo efeitos, como tampouco resume-se a juridicidade a esse conjunto de proposições, não sendo suficiente o esforço em demonstrar a ordenação de seu encadeamento para justificar a unidade da vivência jurídica.

Nesse sentido, assumindo-se a *obrigatoriedade da decisão* como essencial ao direito, avistando desde aí a sua contingência como consequência inevitável, já se pode começar a desconfiar que, ainda que o dever de decidir, enquanto postulado imanente ao fenômeno jurídico, confira operacionalidade ao direito, não há nada que possa garantir a

²³³ Salvo naquelas tentativas de construção sistêmica do direito mediante importação conceitual de outras áreas do saber, consistentes em afirmar a auto-referencialidade do direito, um seu caráter auto-poiético. Dessa construção mais sofisticada da teoria sistêmica ocupar-se-á noutra ocasião, em que o fôlego previsto para a reflexão se apresente como mais prolongado.

²³⁴ Esse procedimento, aliás, não é exclusividade da ciência jurídica. “Estamos acostumados com a idéia de que eventos são causados por eventos anteriores, que, por sua vez, são causados por eventos ainda mais remotos. Uma cadeia de causalidade estende-se pelo passado. Mas suponha que essa cadeia tenha um início. Suponha que houve um primeiro evento. O que o causou? Essa não era uma pergunta que muitos cientistas quiseram abordar. Eles tentaram evita-la, quer alegando, como os russos, que o universo não teve um início, quer sustentando que a origem do universo não estava sob o domínio da ciência (...) Na minha opinião, essa não é a posição que verdadeiros cientistas devem tomar. Se as leis da ciência não se aplicam ao início do universo, porque haveriam de falhar também em outras épocas? Uma lei não é uma lei se só vale às vezes.” HAWKING, Stephen. *O universo numa casca de noz*. São Paulo: Mandarim, 2001, p. 37.

ele uma unidade ordenada, decorrência da inexistência de um princípio único.²³⁵ A *obrigatoriedade da decisão* “linka”, concretamente, os diferentes temas da ciência jurídica e as inúmeras experiências do direito em realização, afunilando-as processualmente, caso a caso, e fazendo-as convergir para a inevitável sentença. Entretanto, disso não resulta *unidade* do direito, no sentido de uma sua sistematicidade: a dinâmica da realização jurídica fragmenta o direito e por vezes exige manifestações contraditórias, inclusive normas de decisão contrastantes, à medida que atribuem a uma mesma proposição jurídica sentidos radicalmente distintos. A sistematicidade do direito é espancada desde a sua concreta realização.

A própria temporalidade do direito, ademais, determina serem estranhas a ele finalidades permanentes. Com isto, desconstitui-se concomitantemente um outro atributo da idéia de sistema, exigente de uma *finalidade* a orientá-lo, como que co-essencialmente, em seu funcionamento. Com efeito, o direito é mesmo, fatalmente, contingente.²³⁶ Não há uma finalidade que através dele se tenha procurado perseguir sempre e em todos os lugares, bem como dificilmente se encontrará fim que em dado momento e por determinado grupo não tenha sido perseguido com recurso à engrenagem jurídica. O direito, a todo instante, rediz o valor e o sentido da vida social, o que faz por intermédio da decisão jurídica, quando se realiza de forma plena. Entretanto, nessa sua realização, não se coloca à serviço de uma finalidade suprema. Antes pelo contrário, também as finalidades eventualmente buscadas através do direito serão contingentes e tão diversas quanto forem aqueles que vierem a acorrer ao direito enquanto modo de solução de conflitos, pois que não serão perseguidas finalidades do direito, mas finalidades dos homens que até ele vieram, de modo que as diferentes metas dependerão da direção apontada pelos tempos.²³⁷

²³⁵ “A proibição da negação do direito não força a suposição de uma unidade coerente.” MÜLLER, Friedrich. Unidade do ordenamento jurídico. In: MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 165-175, p. 169.

²³⁶ Vale trazer à cola o pensamento de IRTI, bastante fidedigno à vivência jurídica, quer se pensem as normas como proposições jurídicas, quer se as pense como norma de decisão: “As normas jurídicas, assim como um bem qualquer do mercado, são ‘produzidas’: provêm, do nada e ao nada podem ser reenviadas. A força que as ‘produz’, ou seja, as evoca e regula, constrói e destrói, não é nada mais que a vontade dos homens.” IRTI, Natalino. Nihilismo e método jurídico. *Revista trimestral de direito civil*. vol 15, jul/set 2003, pp. 133-143, p. 135.

²³⁷ “Tudo aquilo que garantia unidade e verdade no direito, é agora passado. (...) Agora não há mais que uma incessante produção e consumo de normas. As quais perseguem finalidades específicas, e possuem cada qual (e não poderiam não possuir) sentidos próprios, porém refutam o apelo da unidade. Não há um ‘dever’ endereçado à máquina produtora de normas: a ela basta que funcione e satisfaça à necessidade das mais imprevisíveis causalidades. Portanto, um direito sem destino: que vem e vai, sem saber ‘por que’ e ‘para onde’ se move (...)” IRTI, Natalino. *Nihilismo e método jurídico*, pp. 135-136.

A relatividade parece ser mesma intrínseca ao direito,²³⁸ de modo que não há como nele almejar unidade e ordenação. A construção jurídica, a processar-se ininterruptamente, não necessariamente se dá de forma ordenada, nem mesmo se se a circunscrever ao momento legiferante, bastando pensar nas infundáveis legislações extravagantes a que se dá vigor semana após a outra, para atender a contingentes necessidades e interesses específicos, muitas delas padecendo de vícios originários de inconstitucionalidade que jamais serão discutidos em juízo. Outrossim, indo um pouco mais além, há que se salientar que não há, em direito, sequer uma dinâmica aferível de pronto em que “normas” superiores confirem validade às “normas inferiores”, vez que norma jurídica só há na decisão.

Não há princípio unificador, e aquele que inistir na sistematicidade do direito-em-si terá de apontá-lo, a assegurar unidade e ordenação do fenômeno jurídico, cujo modo de existência o coloca incessantemente em movimento por conta da necessidade de resolução de outras e novas demandas, que por sua vez também não cessam de irromper no seio da sociedade. Ademais, imaginar uma *interpretação sistemática*²³⁹ do direito como artifício a se colocar a serviço de uma harmonização do suposto ordenamento jurídico²⁴⁰ é algo que não poderá subsistir a uma reflexão mais profunda. Hoje, o documento constitucional parece ter se tornado a obsessão dos juristas, e nele pretende-se vislumbrar, num reenvio autmático ao modelo sistêmico da pirâmide, a possibilidade de sacralizar ordem e unidade jurídicas e, para além delas, a coerência do direito. à medida que haveria de ser todo ele interpretado em consonância com os ditames constitucionais. Entretanto, o que se parece olvidar é que o documento constitucional, enquanto fruto das escolhas de um assim designado *poder constituinte*, apresenta-se sob a forma de um articulado de proposições jurídicas, as quais, tal qual se

²³⁸ “(...) la relativité qui est attachée à cette donné ontologique du droit (...)” AMSELEK, Paul. Les fondements ontologiques de la théorétique juridique. *Archives de philosophie du droit*. T. 29, 1984, p. 204.

²³⁹ Define-se interpretação sistemática sobretudo a partir da finalidade visada pelo recurso a esse argumento interpretativa, a de assegurar a conferência do pretenso sistema jurídico. Nesse sentido, abarcam-se por essa expressão, em sentido forte, “aquellos argumentos que permiten hacer coherente el sistema, que permiten la prevención de las antinomias, de los conflictos entre las normas, asumiendo este aspecto una función fundamental en la atribución, y/o en la preferencia, de un significado, en la corrección en sentido restrictivo o extensivo del significado del texto normativo.” VELLUZZI, Vito. Interpretación sistemática: un concepto realmente útil? *Revista Doxa*, n. 21, 1998, p. 81.

²⁴⁰ “O direito objetivo não é um aglomerado aleatório de disposições legais, mas um organismo jurídico, um sistema de preceitos coordenados ou subordinados, que convivem harmonicamente. A interpretação sistemática é fruto da idéia de unidade do ordenamento jurídico. (...) A Constituição, em si, em sua dimensão interna, constitui um sistema. (...) Além dessa unidade interna, a Constituição é responsável pela unidade externa do sistema.” BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996, pp. 127 e 128.

passa em qualquer outro lugar do direito, não incidem automaticamente sobre os fatos da vida, não sendo dotadas de um sentido único com aceitação universal, estando também sujeitas à interpretação. Significa dizer que assim como não há direito pleno senão na decisão jurídica, também não há um direito constitucional absoluto, pairando no ar à espera de uma sua aplicação. Deve-se reconhecer que também as proposições constitucionais, a partir das quais se quer atribuir unidade, ordenação e coerência ao direito, são interpretáveis, o que significa dizer que o próprio parâmetro em que se avista a harmonia de um suposto ordenamento guarda em si a incerteza. Mais que isso, como já se assinalou, há que se reconhecer que o documento constitucional não perfaz ele mesmo um sistema, apresentando-se antes como um todo em que são identificáveis contradições,²⁴¹ não se podendo nele pretender fundar unicidade e coerência do restante material fornecido pela vivência jurídica,²⁴² senão como forja acadêmica. Aliás, é dessas contradições e dessa incerteza que há de se ocupar a jurisdição constitucional, encarregada da realização jurídica plena da constituição mediante a prolação de decisões resolutórias de conflitos que, em inúmeras vezes, versarão acerca do próprio conteúdo das disposições constitucionais, o qual haverá de ser, ele próprio, constituído casuisticamente, num acerto que está fadado à efemeridade, vez que o ter se passado de forma determinada numa localizada circunstância temporal não assegura o voltar a ser daquela mesma maneira noutro episódio constitucional localizado adiante.²⁴³ A jurisdição começa onde há a dúvida e a sua neutralização ou esparçamento temporário num específico caso constitucional não significa a sistematização do direito integral. Não há um sistema constitucional interno, cujas significações porpositivas sejam de antemão sabidas, capaz de fundamentar a

²⁴¹ O documento constitucional (e tanto mais a constituição, enquanto realidade, isto é, vivência) “carece em absoluto de um caráter unitario, pues engloba, em razón de su naturaleza, una diversidad de componentes.” NAWIASKY, Hans. *Teoría general del derecho*. Tradução de José Zafra Valverde. Madrid: Ediciones Rialp, 1962, p. 63.

²⁴² “Erstens ist es nicht möglich, in der Verfassung, d. h. dem ‘Verfassung’ genannten Komplex von Rechtssätzen die Einheit des Rechtssystems zu erblicken. Die Verfassungsgesetze sind ja selbst nur Material, häufig sehr Widerspruchsvolles Material der Rechtserkenntnis, harren selbst erst der Bestimmung in der Einheit der Erkenntnis.” SANDER, Fritz. Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung. In: SANDER, Fritz und Kelsen, Hans. *Die Rolle des Neukantianismus in der Reinen Rechtslehre*. Eine Debatte zwischen Sander und Kelsen. PAULSON, Stanley L. (org). Scientia Verlag Aalen, 1988, pp. 41-73, p. 47.

²⁴³ “Y por cierto que nunca hasta ahora se hizo una afirmación sobre la jurisdicción que desconozca tan completamente su esencia, como esta: ‘La Justicia entera se halla sujeta a normas, y su acción cesa cuando las normas mismas resultan dudosas o discutibles en cuanto a su contenido.’ Solo la inversión de este juicio hace volver a la verdad simple y evidente para todos: que generalmente la jurisdicción comienza una vez que las normas, en cuanto a su contenido, se tornan dudosas y discutibles, pues de otro modo se trataría sólo de disputas sobre hechos y nunca propiamente de disputas sobre el ‘derecho’.” Kelsen, Hans. *Quién debe ser el defensor de la constitución?*. p. 23.

sistematicidade do direito todo. Direito é experiência de vida que lida com elementos os mais heterogêneos e somente por um milagre ôntico poderia vir a ser, com adequação, representado como sistema unitário: completo e coerente.²⁴⁴

Não se pode reconduzir, ao contrário do que podem induzir a pensar determinadas exposições sistêmicas do fenômeno jurídico,²⁴⁵ de forma alguma, o direito em sua realização e a realização judicativo-decisória do direito ao rigor da logicidade formal, o que se coloca à evidência na assunção da decisão como momento conglobante da juridicidade, não apenas a figurar como sua final aplicação, mas sendo-lhe constitutiva. Decidir implica escolher entre alternativas, numa conduta em que há inultrapassável interferência da vontade humana, com todas as conseqüências daí

²⁴⁴ Nem sequer os sistemas matemáticos, desde Kurt GÖDEL, durante muito tempo pensados como emblema de exatidão, podem ser reputados simultaneamente completos e coerentes, de modo que ainda que o direito pudesse ser imaginado como um sistema normativo, tal qual insistem alguns, não poderia se fazer, a um só tempo, isento de contradições e abarcador de solução prévia a todos os problemas. É perturbador o modo como os juristas permanecem apegados a mitos de certeza desde há muito já ultrapassados pelas ciências que insistem em reputar por duras. Gödel certamente abalou a estrutura da matemática. Antes de Gödel, o grande sonho dos matemáticos era “unificá-la”. Desejam demonstrar que a matemática era um grande castelo apoiada em sólidos alicerces: Gödel, corajosamente, mostrou que as bases do castelo são edificadas sobre nuvens (!). Tais alicerces são os chamados “axiomas”. Simplificadamente, são proposições aceitas como verdadeiras sem que qualquer demonstração seja necessária. As teorias matemáticas estariam apoiadas em corpos axiomáticos “consistentes”. A geometria euclidiana, por exemplo, é sustentada por uma série desses axiomas. Exemplo: existe ponto, existe reta e existe plano (e veja-se que não existe definição para tais elementos). Nunca se ouvirá de um matemático, “define-se ponto” ou “define-se reta, ou plano”, tentar defini-los seria um “erro”. Um exemplo de axioma da geometria euclidiana: *por um ponto passam infinitas retas*. Essa afirmação não se prova. Simplesmente se aceita. E a partir dela e de outras, constrói-se uma teoria, com teoremas (conclusões) que podem ser extraídas a partir dos postulados e axiomas. Se os axiomas são falsos, toda a estrutura construída a partir deles também o será. Gödel comprovou a impossibilidade de garantir a consistência de qualquer corpo axiomático. Além disso, certas inconsistências foram evidenciadas. Um exemplo simples: *teoria dos conjuntos*. Novamente, não se define conjunto. Um conjunto pode ser entendido (mas não definido) como a reunião de elementos com uma propriedade comum. Por exemplo: conjunto dos números inteiros, um conjunto infinito, porém enumerável: $Z = (... , -3, -2, -1, 0, 1, 2, 3, ...)$. O conjunto dos estados da região Sul do Brasil, um conjunto finito: $ESB = (PR, SC, RS)$. O conjunto dos campeões mundiais de judô com mais de 150 anos, um conjunto vazio: $CMJ = ()$. Em outras palavras, dá-se uma propriedade e evidencia-se o conjunto. Eis a inconsistência: imagine-se o conjunto que contém todos os conjuntos. Isso mesmo, tal conjunto tem como elementos outros conjuntos. E esses conjuntos são todos os que você pode imaginar, até mesmo os três citados. Chame-se esse grande conjunto de U (universo). E a pergunta: U pertence a U ? Pela propriedade, U deveria pertencer a U , pois U deve conter TODOS os conjuntos. Entretanto, um teorema da teoria dos conjuntos tem por conseqüência que um conjunto não pode ser elemento de si próprio. Tal teorema tem o seguinte enunciado: “Se A pertence a B e B pertence a A , então $A = B$ ”. Está evidenciado o paradoxo. A esse respeito ver GÖDEL, Kurt. *On formally undecidable propositions of principia*. Dover Science, 1992.

²⁴⁵ “Es gibt wohl kaum eine Wissenschaft, welche zur Begründung ihrer Urteile so häufig auf die „Logik“ verweist, als die „Rechtswissenschaft“. Immer wieder finden wir in rechts theoretischen Werken, aber auch in dogmatischen Darstellungen positiven Rechtes, ausdrückliche Berufungen auf den „Satz vom Widerspruche“ und andere „Grundsätze der Logik“, auf „logische Schlüsse und Ableitungen“, auf „logische Anfechtbarkeit und Unanfechtbarkeit“, auf „Logische Wahrheit“ und „logischem Irrtum“. Ja, liest man gewisse rechtswissenschaftliche Werke, so könnte man zu der Ansicht verleitet werden, dass die Rechtswissenschaft ein Zweig der Logik sei, dass ihre Methode einfach in der Anwendung gewisser formallogischer „Faustregeln“ auf das positive Recht bestehe.” SANDER, Fritz. *Zur Methodik der Rechtswissenschaft*. *Kant Studien*. Band 28, 1923. p. 283-310, p. 283.

decorríveis, inclusive no que tange à imprevisibilidade do conteúdo da decisão, que somente se revelará no dispositivo da sentença e em cuja formatação, de forma mais ou menos intensa, terão participado as partes e seus procuradores, bem como, por óbvio, o juiz.²⁴⁶ Não há, em lugar algum do direito, avistado desde sua intencionalidade normativa de vinculação das condutas, espaço para a lógica do tudo ou nada, como se se pudessem encontrar *normas jurídicas* perfeitamente constituídas nas páginas dos diplomas legais, às quais apenas haveria o juiz de subsumir os fatos que até ele chegam por intermédio de terceiros, as partes processuais. Do contrário, poder-se-ia substituir juízes por máquinas, isto é, por computadores, bastando-se que houvesse algum burocrata de platão encarregado de lançar os fatos em um console albergador dos diversos corpos de proposições jurídicas, aguardando-se o tempo da conclusão das ilações lógicas, para, finalmente, apenas se imprimir a sentença.²⁴⁷ Tampouco pode-se imaginar uma relação de dedutibilidade entre as diversas proposições jurídicas, como se cada uma pudesse logicamente ser derivada da outra, fazendo-se dessa interdependência lógica a contraprova da sistematicidade do direito.²⁴⁸ As normas jurídicas se constroem mediante processos intelectivos em que conexões várias se encontram imiscuídas, numa experiência que se pode dizer *translógica*, no sentido de que não se apresenta como absolutamente ilógica, mas extrapassa os limites de dedução lógico-formal, pelo que há de se assumir que em direito não se deduz, decide-se.

²⁴⁶ “Todas las normas que quieran obligar efectivamente a sus destinatarios deben apoyarse sobre una voluntad real que se manifieste en exigencias de conducta, deben tener por soporte a hombres vivos que dicten los mandatos.” NAWIASKY, Hans. *Teoría general del derecho*, p. 25.

²⁴⁷ A esse respeito, cumpre trazer à cola a incisiva resposta de Hans KELSEN a Ulrich KLUG, acerca da possibilidade de utilização de computadores para a resolução dos conflitos trazidos a juízo. “Com respeito ao emprego, por V. referido, de computadores na aplicação do Direito, gostaria de assinalar que a construção destes computadores parte evidentemente da suposição de que os princípios da Lógica de afirmação são aplicáveis a normas jurídicas positivas. Esta suposição não tem fundamento. Mas ainda que se prescindisse disso, não fornece o computador a norma jurídica individual que obriga a parte, mas diz tão-simamente qual o órgão competente para o estabelecimento dessa norma, e que norma individual corresponde à norma geral a ser aplicada. Quando esse órgão, por qualquer motivo, não estabelece através de seu ato de vontade – cujo significado a norma representa – a norma indicada pelo computador, essa norma não vale; a sua *validade* obrigatória para a parte não pode ser obtida por via de uma operação mental lógica ou mesmo por uma operação de computador.” KELSEN, Hans. KELSEN (28.7.1965). In: KELSEN, Hans e KLUG, Ulrich. *Normas jurídicas e análise lógica*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, pp. 88-93, p. 91.

²⁴⁸ “Un conjunto normativo es un conjunto de enunciados tales que entre sus consecuencias hay enunciados que correlacionan casos con soluciones. Todo conjunto normativo que contiene todas sus consecuencias es, pues, un *sistema normativo*. Cuando entre las consecuencias de un conjunto de enunciados figura algún enunciado que correlaciona un caso con una solución, diremos que ese conjunto tiene *consecuencias normativas*. Un conjunto (sistema) normativo es, por consiguiente, un conjunto (sistema) de enunciados en cuyas consecuencias hay alguna consecuencia normativa.” ALCHOURRÓN, Carlos E. e BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Alicante : Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2000, pp. 92-93. “Es la relación de *deducibilidad* la que convierte dicho conjunto en un sistema.” MORESO, José Juan. *La indeterminación del derecho y la interpretación constitucional*, p. 22.

Diante da complexidade cada vez crescente do fenômeno jurídico, e aqui se faz uma crítica externa, resulta inócuo o esforço de tentar conter todo ele na simplificação do modelo sistêmico, que como se viu, mantém, nas suas diversas formulações, bastante preso à concepção que reduz o direito a um *conjunto de normas-dado*.²⁴⁹ Se se quiser encarar o direito como vivência jurídica, com os olhos voltados para seu modo de realidade, não se pode sustentar o modelo sistêmico, à medida que se dá conta do caráter hermenêutico e decisional do fenômeno jurídico. Ademais, não se pode olvidar que a concepção sistêmica, granjeando sua mais elaborada formulação na pirâmide kelseniana, respondia às preocupações específicas de uma época e encontra-se bastante atrelada ao modelo de Estados-nação radicados em circunscrições espaciais bem limitadas, no âmbito das quais teria validade um único “ordenamento”. O direito de nosso tempo já não corresponde a essa representação que dele, em dado momento, se fez, havendo que se atentar para a emergência de um *geodireito*²⁵⁰, não mais atrelado à dimensão da territorialidade, bem como para a incessante circulação de sentido em que está imersa a vivência jurídica, que se constrói e desconstrói vez após outra conforme os reclamos da faticidade social, ganhando feição cada vez mais *turbulenta*²⁵¹, fazendo-se o direito um eterno vir-a-ser, havendo-se que, quiçá, pensar-se na “passagem” do modelo sistêmico da pirâmide ao possível modelo da rede.

A idéia de sistema transposta ao direito não apenas não dá conta do real, pois esse é o inevitável fardo de qualquer modelo teórico, como não consegue sequer refletir o pulsar da vivência jurídica, cada vez mais multidimensional e plural, a adaptar-se continuamente às novas configurações dos fatos, como uma exigência da própria essência do direito enquanto modo de solução de conflitos. O que pode haver é um esforço sistematizante, por parte dos juristas, ao pretender teorizar o direito ou mesmo

²⁴⁹ Entretanto, há aqueles que, ainda que reconheçam a inexistência de normas jurídicas anteriormente à interpretação e à decisão jurídicas, não abrem mão de tentar aplicar ao direito o modelo sistêmico, pensando-o como um constructo hermenêutico: “El sistema no es dado de antemano (de una vez para siempre), sino que es parcialmente formulado sobre la base de la interpretación.” AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 176.

²⁵⁰ A esse respeito, o sintético ensaio de IRTI, Natalino. *Geo-diritto*. Rivista Internazionale de Filosofia del Diritto. 2001, I, pp. 461-469.

²⁵¹ Hoje o direito é muito diverso do direito *soft* não é “mole”, dútil, como descreve Zagrebelsky; ao invés, temo que o direito tornar-se-á cada vez mais duro. Hoje, o *flexible droit* do Mestre Carbonnier está cada vez mais próximo do ponto de ruptura. Da mesma forma que a sociedade hodierna, assim também o direito foi revirado com força redobrada pela inovação e pela conservação: por isso falo de um “direito turbulento”, que se move, se agita e muda rapidamente assim como a sociedade que o circunda, mas frequentemente atrasado com relação a ela.” LOSANO, Mario G. Modelos teóricos, inclusive na prática: da pirâmide à rede. Novos paradigmas nas relações entre direitos nacionais e normativas supraestatais. *Revista do Instituto dos Advogados*. Nova Série, v.8, n.16, p.264-284, jul./dez., 2005. Citado de versão digitalizada (p. 5).

como tentativa de operacionalizar sua concretização, mas que é algo de bastante distinto de dizer que direito é sistema.²⁵²

De tudo, fica convite a reflexões mais aprofundadas quanto ao caráter sistêmico ou não do direito, de modo que se se conseguir com essas linhas instigar as mentes curiosas e pelo menos pensar o direito a partir de sua vivência, tomando em conta seu modo de realidade interpretativo e decisional, a evidenciar que a realização plena do direito se faz judicativo-decisoramente, interpretando-se para decidir e decidindo-se ao se interpretar, e que não permite deixar na penumbra a dimensão da decisão jurídica, já se terá dado um importante primeiro passo. Deveras, não parece haver mais sentido em deixar permanecer imune às discussões a aplicabilidade do modelo sistêmico ao direito, à medida que parece não se sustentar senão como ficção.

O sistema jurídico não é senão uma espécie de *Dogville*²⁵³ projetada pelos juristas, que colocam limites teóricos sobre a vivência jurídica que não apenas não existem como seque são visíveis e ao fluxo vivente do direito passam despercebidos: são por ele carregados como numa tormenta. Somente os teóricos abstratos, em seus empreendimento narciso-acadêmicos, podem insistir em continuar por tais limites se balizando: enclausurando a si mesmos em jaulas não sensíveis, como naquela cidade dos cães, em que se insistia em ver muralhas onde não havia senão pó de giz por sobre o chão.

Há de se pensar o direito como complexo estruturante, tomado em constante movimento, algo como o livro de areia, de que nos fala Jorge Luis Borges²⁵⁴: fecha-se um caso em uma determinada decisão jurídica e quando volta-se a invocar o direito num outro caso adiante, esse direito, agora em realização, não se confundirá com o direito anteriormente realizado, o que significa dizer que o direito convive com os ineditismos e mesmo que repele os impulsos sistematizantes.

2. Do fascínio ao estremecer da pirâmide

²⁵² “Cette science, donc, ne suppose pas que le droit en soi-même soit un système, étant donné que la systematization est accomplie par la science et n’est pas donnée dans l’objet de cette science. L’équivoque entre un système juridique inhérent au droit même et le système introduit dans le droit par la connaissance scientifique est dès lors permanent dans les discours concernant le droit (...)” VERNENGO, José. Il y a-t-il un système du droit. *Archives de philosophie du droit*. T. 36, 1991, pp. 254-264, p. 255.

²⁵³ Referência ao filme do diretor Lars von Trier, de 2003, protagonizado por Nicole Kidman.

²⁵⁴ Pode-se acorrer, aqui, à edição brasileira: BORGES, Jorge Luis. *O livro de areia*. São Paulo: Editora Globo, 2001.

O direito todo tem sido contemporaneamente pensado, quer partilhem os juristas de um imaginário positivista quer não, de forma mais ou menos consciente, como sistema normativo auto-organizável e realizável, articulado em cada território de maneira a compor um ordenamento jurídico escalonadamente construído, em cujo vértice (ou centro) se encontraria a constituição jurídico-positiva, a figurar como fundamento de validade de todas as restantes proposições jurídicas a ele pertinentes, cuja conformidade constitucional se faria amparada por variáveis mecanismos de controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos.

Essa estrutura da ordem jurídica encontra sua metáfora mais difundida na pirâmide, dita kelseniana,²⁵⁵ que exerceu, ao longo do século XX, fascínio sobre os juristas de diferentes tendências e granjeia, ainda hoje, o lugar de verdade no senso comum teórico imperante. Não se pretende aqui desqualificar a validade dessa imagem e da tese que lhe é subjacente, concernente à construção escalonada da ordem jurídica, como inútil ou tornada defasada pelos tempos, inclusive em função da reconhecida dificuldade imanente a tal tarefa: para tanto, ter-se-ia de enfrentar o modelo teórico mais lapidado que a ciência jurídica já concebeu para a descrição sistemática do fenômeno jurídico.²⁵⁶

Entretanto, cumpre aqui atentar para a necessidade de se desqualificarem, sim, as apropriações que desse modelo piramidal têm tido feitas, à medida que frequentemente têm elas operado um puro e simples transplante conceitual de categorias, retirando a tese da *Stufenbau*²⁵⁷ do contexto em que fora concebida para dela se valer em quaisquer teorizações acerca do direito, descuidando, por vezes, para a

²⁵⁵ A metáfora da pirâmide empregada à descrição da estrutura jurídica não é obra do gênio criador de Hans Kelsen, em cuja produção científica encontra-se difundida a tese da *Stufenbau*, teoria da construção escalonada do ordenamento jurídico, sem que se façam referências à pirâmide. Quer parecer que o uso dessa metáfora pode ser com mais acerto atribuído, com originalidade, a Georg Friedrich PUCHTA (1798-1846), discípulo de Carl Friedrich von SAVIGNY.

²⁵⁶ “o fruto mais maduro dessa construção sistemática do direito é constituído pela doutrina pura do direito: tal doutrina, de fato, é a mais completa formulação sistemática do direito em linguagem natural. Pode-se ir mais longe na construção sistemática, mas recorrendo a linguagens formalizadas. Pode-se dizer mais sobre a realidade jurídica, mas renunciando a uma rigorosa unidade da teoria.” LOSANO, Mario. *Modelos teóricos, inclusive na prática: da pirâmide à rede. Novos paradigmas nas relações entre direitos nacionais e normativos supraestatais*, p. 5.

²⁵⁷ A tese da construção escalonada da ordem jurídica é obra que, com justeza, há de se atribuir a Adolf MERKL, discípulo de Hans Kelsen, conforme indicado na nota de número 113. O próprio Kelsen, no prefácio à segunda edição de seus *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* reconhece o mérito de MERKL na concepção dessa tese. “Das Verdienst, die Rechtsordnung als ein genetisches System von Rechtsnormen erkannt und dargestellt zu haben, die in stufenweiser Konkretisierung von der Verfassung über Gesetz und Verordnung und sonstige Zwischenstufen bis zu den individuellen Rechtsakten der Vollziehung fortschreiten, gebührt ADOLF MERKL.” *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, p. XV.

diversidade de pressupostos entre a teoria pura do direito e a teoria que com o recurso, por vezes não declarado, aos conceitos daquela se pretende desenvolver.²⁵⁸ Mais que isso, tem se operado uma naturalização dessa construção escalonada da ordem jurídica, assumindo-se sem problematização alguma não apenas que haja, entre as proposições jurídicas, uma relação hierárquica de supra-infra ordenação, mas que todo o direito se estrutura, de fato, ordenadamente, como se fosse inerente ao fenômeno jurídico a unidade de suas manifestações, olvidando-se o caráter histórico desse modelo teórico, mais uma, dentre tantas, sugestões atinentes ao modo de se conhecer o direito. Eis que no cerne das inquietações dos juristas da teoria pura do direito, a construção escalonada da ordem jurídica figurava como ferramental teórico adequado a se pensar uma ordem jurídica que coerentemente pudesse ser estudada como objeto de uma ciência jurídica que se pretendia pura.²⁵⁹

Não se estava a partir dela a sustentar ter-se desvendado o enigma do acontecer do fenômeno jurídico, imaginando-se refletir a tese da construção escalonada, com fidedignidade, a realidade do direito, mas tão-somente a firmar-se um objeto específico a uma cientificidade pura, no seio da qual se avista o direito como sistema

²⁵⁸ “Als Strukturtheorie kann die Lehre vom Stufenbau nur ein Instrument zu Deutung des positiven Rechts sein; sie kann den Zusammenhang von Vorschriften bloß sichtbar und erfaßbar machen, kann ihn aber nicht selbst herstellen. Selbstverständlich kann die Lehre vom Stufenbau auch keine Forderung nach einer bestimmten Gestaltung einer Rechtsordnung begründen; etwa dergestalt, daß behauptet werden könnte, es müßten bestimmte Beziehungen zwischen Vorschriften vorgesehen werden.” MAYER, Heinz. Die Theorie des rechtlichen Stufenbaues. In: *Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre*. WALTER, Robert (org). Wien: Manzsche Verlags – und Universitätsbuchhandlung, 1992, pp. 37-46, p. 39.

²⁵⁹ “Tratando de realizar plenamente las premisas kantianas, acentuó su aspecto idealista hasta excluir toda influencia de la realidad empírica sobre el proceso cognoscitivo. Si el conocimiento, para KANT, era una síntesis que suponía un dato empírico, para los neokantianos este dato es excluido y, el concepto de síntesis es substituído por el de productividad del conocimiento: ‘La ciencia no tiene ya la misión de elaborar un cierto dato sino que en el curso del proceso cognoscitivo, produce el objeto mismo de la ciencia’. Por lo tanto, frente al concepto y a la realidad, la atención de KANT se dirige sobre todo al concepto, mientras la atención de los neokantianos se dirige exclusivamente al concepto: por consiguiente, en aquella particular aplicación del método trascendental al derecho que es la teoría pura de HANS Kelsen individualizado en el *Sollen* (deber ser), el concepto que garantiza la necesidad y la validez general del conocimiento, no tiene necesidad de ser unido en síntesis con algo de real, para permitir el conocimiento del derecho, sino que, al contrario, debe mantenerse netamente separado de lo real, del *Sein* (ser), porque este es extraño al proceso cognoscitivo en el cual la ciencia jurídica genera su objeto. Así como las categorías kantianas son puras formas del pensamiento, así mismo las normas jurídicas de Kelsen tienen un valor puramente formal, porque están separadas de toda experiencia social.” LOSANO, Mario G. *Teoría pura del derecho*. Evolucion y puntos cruciales. Tradução de Jorge Guerrero R. Santa fé de Bogotá: Editorial Temis, 1992, p. 9. “(...) l’aspect le plus important de la théorie kelsenienne (...) est l’aspect épistémologique. (...) l’interrogation essentielle de la *Théorie pure* n’est pas ‘qu’est-ce que le Droit?’, ni même ‘quelle est la structure de l’ordre juridique?’, mais ‘qu’est-ce qu’une science du Droit?’ et ‘quelle doit être la nature de l’ordre juridique s’il doit constituer l’objet d’une science du droit?’” TROPER, Michel. La pyramide est toujours debout! Réponse a Paul Amserek. *Revue de droit public et de la science politique en france e à l’étranger*. n. 6, Nov./dez., 1978, pp. 1523-1536, p. 1527. Michel TROPER se refere, no título a AMSELEK, Paul. *Refléxions critiques autour de la conception kelsenienne de l’ordre juridique*. *Revue de droit public et de la science politique en france e à l’étranger*. N. 1, Jan./Fev., 1978, pp. 5-20.

coativo a ser interpretado normativamente: sua criação e seu funcionamento interessariam somente à medida que por normas jurídicas fossem regulados. Trata-se, ademais, quando do detimento sobre a tese da construção escalonada, de uma opção por um enfoque dinâmico-formal do objeto escolhido, à medida que atenta-se para a maneira pela qual são produzidas as disposições jurídicas, isto é, para as *formas de produção normativa*, numa escolha justificada, entre outras razões, pela finitude das formas de produção em contraste à infinitude pontencial do conteúdo das respectivas disposições produzidas.

Entrecortando, mais uma vez, maiores exposições conceituais, pode-se apresentar a tese da construção escalonada do ordenamento jurídico como evidenciadora de regulação da produção do direito pelo próprio direito, implicante em uma relação de supra/infra-ordenação entre as proposições jurídicas, colocadas em distintos planos (degraus do edifício jurídico), de modo que as proposições jurídicas situadas em níveis inferiores buscariam a sua validade, enquanto pertinência ao ordenamento jurídico, numa proposição colocada em nível (ainda que não imediatamente) superior, num encadeamento que, não fosse a suposição da *norma fundamental* (originária), regressaria *ad infinitum*. Em síntese, pensa-se a ordem jurídica como um sistema normativo em que as proposições se conectam gradativamente umas às outras, desde a Constituição, colocada no topo da construção escalonada, passando pelas leis intermédias e chegando-se até a sentença, seguida pelo correspondente ato de execução,²⁶⁰ cuja pertinência ou não à ordem jurídica é algo de controvertido, mas sobre o que, agora, não se irá debruçar. Nessa conexão gradual das proposições jurídicas, imbricam-se atos de criação e aplicação do direito, não havendo cisão entre esses dois momentos da dinâmica jurídica, que são encontráveis nos atos jurídicos em geral, à medida que cada proposição é aplicação com relação ao nível superior e criação com referência ao nível inferior da construção escalonada,²⁶¹ ressaltando-se as hipóteses extremas da norma fundamental e do ato coercivo.²⁶²

²⁶⁰ “A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até ubicar na norma final – pressuposta.” KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 247.

²⁶¹ Significa dizer que cada norma jurídica inserida na construção escalonada é, vista de baixo, criação de novo direito e, vista de cima, aplicação de direito já existente. Registra-se, aqui, a observação de CARRÉ DE MALBERG, preocupado em demonstrar a ultrapassagem da *Stufentheorie* pela realidade jurídica, confrontando a formulação teórica da Escola de Viena ao ordenamento jurídico francês, sob a égide da carta constitucional de 1875. Em específico, debruça-se sobre a relação entre os decretos governamentais

Não é que apenas haja entre as proposições jurídicas relações lógicas recíprocas de verticalidade, isto é, de ordenação hierárquica, uma vez que se reconhece haver também relações de equiordenação. Entretanto, o realce colocado sobre a interação entre as diferentes formas de normação jurídica permite descrever o direito em seu funcionamento, isto é, em perspectiva dinâmica, sustentando-se que, não fosse a existência de regras sobre a produção jurídica, todo o fenômeno jurídico restaria parado; estático. Trata-se de uma tentativa de superação da então dominante teoria do direito, em que o ordenamento jurídico vinha descrito como unidimensional, vez que, não obstante o reconhecimento de uma pluralidade de fontes jurídicas, entre elas apenas se concebia a existência de relações de coordenação.

A grande sacada da tese da construção escalonada do ordenamento jurídico reside em, coerentemente com o caráter coercivo que se afirma para os sistemas jurídico-normativos, apresentar todos os graus intermédios do edifício jurídico como preparatórios a uma última autorização à execução de um ato coativo,²⁶³ isto é, todo o processo de concretização ou individualização do direito caminha rumo à realização prática de um ato último de coação, co-essencial ao próprio conceito de direito, diferentemente da multiplicidade das formas de produção normativa que, enquanto planos intermédios do escalonamento hierárquico-normativo, não são senão fruto da

e as leis para, a partir da constatação de que é condição de validade daqueles a sua legalidade, afirmar a preponderância da *execução*, isto é, da *aplicação do direito*, nos graus da construção escalonada ulteriores aquele ocupado pela legislação ordinária. “Tout en constatant le bien-fondé de la doctrine qui qualifie l’acte créant le droit d’acte exécutif au regard de la loi d’où il tire ses facultés de création, serions-nous portés à dépasser encore sur ce point les conclusions de la Stufentheorie. A nos yeux, ce n’est pas seulement quand cet acte est considéré dans ses rapports avec l’acte du degré supérieur d’où découle sa légitimité qu’il se caractérise comme faisant de l’exécution; mais son caractère exécutif persiste à s’affirmer, même quand l’on envisage les actes placés au dessous de lui et auxquels il a ouvert lui-même la possibilité d’être accomplis. Car le droit qu’il a créé, et par application duquel seront faits les actes de degrés ultérieurs, ne vaut point par lui seul: il vaut par sa légalité, c’est-à-dire par la puissance de la loi qui l’a rendu possible. (...) En un mot, ce qui fait que chacun de ces actes est capable de créer le droit c’est précisément qu’il est exécutif. L’idée d’exécution prédomine ainsi par en bas aussi bien que par en haut.” CARRÉ DE MALBERG. *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1933 p. 23.

²⁶² “A aplicação do direito é simultaneamente produção do direito. Esses dois conceitos não representam, como pensa a teoria tradicional, uma oposição absoluta. Com efeito, se deixarmos de lado os casos-limite – a pressuposição da norma fundamental e a execução do ato coercivo – entre os quais se desenvolve o processo jurídico, todo ato jurídico é simultaneamente aplicação de uma norma superior e produção, regulada por esta norma, de uma norma inferior.” KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, pp. 260-261.

²⁶³ “Questi atti statali che precedono immediatamente l’atto di coazione devono chiaramente preparare quest’ultimo come *ultima ratio* del comportamento statale e, da un lato, in quanto si tratti di una coazione esecutiva, ammonire per l’ultima volta l’obbligato e, dall’altro, servire in generale per l’organo che procede all’esecuzione coattiva come segno che l’esecuzione è ormai consuetudine e necessaria.” MERKL, Adolf. *Prolegomeni alla costruzione a gradi del diritto*. In: MERKL, Adolf. *Il duplice volto del diritto*. A cura di Carmelo Geraci. Milão: Giuffrè Editore, 1987, pp. 1-66, pp. 20-21.

contingência histórica, isto é, do condicionamento momentâneo dos ordenamentos particulares.²⁶⁴

Nessa mirada, permite-se a interpretação da integralidade dos atos jurídicos inseridos na seqüência hierárquica do ordenamento como atos normativos, à exceção daqueles atos que se prestam à pura realização prática do direito, seja mediante observância, seja mediante aplicação final consubstanciada em ato coativo, perfazendo-se aí atos que, embora juridicamente relevantes, não se definem como normas jurídicas.²⁶⁵

Mantendo-se o conceito kelseniano de norma jurídica como *juízo hipotético*, ao avistar os atos intermédios da construção escalonada como preparativos à coação última, a tese da *Stufenbau* torna possível superar a limitação da anterior formulação da teoria pura do direito, não mais reduzindo as normas jurídicas aqueles atos dotados de generalidade, evidenciando o caráter relativamente geral e individual de cada grau intermédio, enquanto preparo para a coação, embora essa, curiosamente, se aperfeiçoe mediante ato em si não normativo.²⁶⁶ Com efeito, a condição de norma jurídica passa a ser dependente da “posição de direito” (*Rechtssetzung*), particularizando-se as normas jurídicas por serem o meio pelo qual se estabelecem deveres jurídicos: criam direito à medida que nelas se formula uma ameaça de coação que pretende orientar o *ser* em conformidade com o *dever ser*.

A tese da construção escalonada apresenta, portanto, um encadeamento de atos jurídicos normativos que se processa como relação lógica recíproca entre atos

²⁶⁴ “(...) Anche le fonti del diritto, al pari di tutto il restante contenuto del diritto, son fatte dipendere dalle accidentalità della produzione giuridica storicamente condizionata.” MERKL, Adolf. *Prolegomeni alla costruzione a gradi del diritto*, p. 13.

²⁶⁵ No sistema da teoria pura, o que distingue a norma de direito das demais formulações normativas é a peculiaridade de preceituar uma coação. Não é que a norma jurídica seja, em si, coativa, isto é, realize coação. Limita-se ela a formular uma ameaça de coação, que, em realide, consiste em autorização para o sancionamento coativo a órgãos determinados, autorização essa essencial à estrutura das normas de direito, chamada, portanto, norma primária, em razão de a definição de condutas como permitidas, proibidas ou obrigatórias ser comum às diferentes ordenações normativas. Registre-se ainda que, em obra póstuma, verifica-se reconhecimento (ainda que titubeante) por parte de Hans Kelsen quanto à conveniência de se alterar a relação entre normas primárias e secundárias. “Nimmt man na, daß die Unterscheidung einer ein bestimmtes Verhalten vorschreibenden Norm und einer Norm, die für den Fall der Verletzung der ersten eine Sanktion vorschreibt, für das Recht wesentlich ist, dann muß man die erst als primäre und die zweite als sekundäre Norm bezeichnen – und nicht emgekehrt, wie dies von mir im Vorhergehenden formuliert wurde.” *Allgemeine theorie der normen*, p. 115.

²⁶⁶ Na formulação kelseniana dos *Hauptprobleme der Staatslehre*, a norma jurídica vinha pensada como necessariamente dotada dos atributos de *generalidade e legislatividade*, equiparando-se-a, portanto, às leis, inexistindo naquele sistema conceitual *normas individuais*, cuja interpretação como tais somente se torna possível com a dinâmica jurídica de Adolf MERKL, redefinindo-se o ordenamento jurídico para além da forma legislativa, inclusive sustentando a dispensabilidade das leis, que não são senão contingência histórica, ao conceito de direito, diferentemente do que se passa com os atos de coação.

determinantes e atos determinados, os primeiros delineando a forma e, em certa medida, o conteúdo dos segundos, definindo-se a condição de determinante ou determinado como relativa, havendo possibilidade de acumulação dessas qualidades por um mesmo ato jurídico normativo com relação a atos diferentes, bem como em relação a um mesmo ato, por conta de o caráter de determinante ou não das diferentes normas jurídicas se encontrar fulcrado em dois critérios, quais sejam, o da *dependência lógica* de uma norma com relação à outra e o da *força derogatória* das normas jurídicas, de modo que é possível que não obstante dependente logicamente com relação a uma norma dita superior, uma outra norma esteja revestida de força derogatória com relação a essa mesma norma.²⁶⁷

Nesses termos, chega-se a uma concepção de direito como ordenamento jurídico auto-regulável,²⁶⁸ isto é, como sistema dinâmico, restando a inserção sistêmica das normas jurídicas dependente da possibilidade da recondução de seu fundamento a uma norma última, cuja validade não resulta de conteúdo auto-evidente, mas de uma ficção, uma espécie de mentira técnica, pela qual se toma *como se* fosse existente e válido aquilo que, a rigor, não é senão criação intelectual, impassível de verificação: eis a norma originária ou norma fundamental, que radica na origem do processo de criação das normas jurídicas.²⁶⁹

²⁶⁷ Elucidativo é pensar na possibilidade de derrogação de uma decisão de primeira instância pela decisão proferida em instância superior. Em que pese a decisão de primeira grau se apresentar como condição lógica de existência da segunda, o escalonamento de atos normativos, aqui, manifesta-se em sentido inverso ao do escalonamento de órgãos jurídicos, se é que nele se pode se falar.

²⁶⁸ Diferentemente do que parece ocorrer nas sucessivas incorporações da tese da *Stufenbau* por outros “sistemas teóricos”, Adolf MERKL manifestava plena consciência da humanidade ínsita ao acontecer do direito e se preocupava em salientar o caráter não automático do processo jurídico, dificilmente concebível como autopoietico, dependentes, sempre, os ulteriores atos da cadeia normativa de atos humanos que lhes confirmam positividade. “L’indicato rapporto di produzione che esiste tra ogni fenomeno giuridico determinante e ogni fenomeno giuridico da esso determinato chiarisce per l’appunto l’espressione *autoproduzione (a gradi) del diritto (Stufenweise) Selbsterzeugung des Rechtes*”. Questo modo di dire non esprime una credenza di tipo miracolistico, che al posto dell’attività umana produttiva del diritto mette un qualche *deus ex machina* giuridico.” *Prolegomeni alla costruzione a gradi del diritto*, p. 46. Também assim, Hans KELSEN demarca a imprescindibilidade dos atos humanos no sistema de produção normativo-jurídica, rechaçando a possibilidade de que as sucessivas normas sejam pura e simplesmente deduzidas da norma fundamental. “A norma fundamental apenas estabelece certa autoridade, a qual, por sua vez, tende a conferir poder de criar normas a outras autoridades. As normas de um sistema dinâmico têm de ser criadas através de atos de vontade pelos indivíduos que foram autorizados a criar normas por alguma norma superior.” *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 165.

²⁶⁹ “Die Grundnorm einer positiven Moral oder Rechtsordnung ist (...) keine positive, sondern eine bloß gedachte, und das heißt eine fingierte Norm, der Sinn nicht eines realen, sondern eines bloß fingierten Willensaktes. Als solche ist sie eine echte oder ‘eigentliche’ Fiktion im Sinne der *Vahingerschen* Philosophie des Als-Ob, die dadurch gekennzeichnet ist, daß sie nicht nur der Wirklichkeit widerspricht, sondern auch in sich selbst widerspruchsvoll ist.” KELSEN, Hans. *Allgemeine theorie der normen*, p. 206. “A norma fundamental de uma ordem jurídica ou moral positivas (...) não é positiva, mas meramente pensada, e isto significa uma norma fictícia, não o sentido de um real ato de vontade, mas sim de um ato

Essa norma fundamental, autorizadora da estatuição de uma constituição reguladora da produção de normas gerais, tem sua estatuição fictícia justificada por razões de *economia do pensamento*, havendo de ser pressuposta por aquele que queira interpretar a ordem jurídica como sistema de normas coativas, evitando-se infundável regresso na busca por fundamento de validade das normas autorizadoras da execução da coação. Consubstancia-se de um elemento estático (material) e de um elemento dinâmico (funcional), à medida que não apenas autoriza a estatuição de regras de produção de normas coativas, pelo constituinte, permitindo interpretá-las como válidas, como também delimita, ainda que de forma mínima, a materialidade, isto é, o conteúdo dessa estatuição: terá o constituinte de ordenar a produção de normas *coativas*. Desde a fictícia norma fundamental, até o ato último de coação, essa determinação formal e minimamente material das normas jurídicas colocadas em relação lógica recíproca, em conformidade com o esquema determinante-determinado (relativamente superior e relativamente inferior), assegura a unidade da ordem jurídica: fora da construção escalonada inexistência consistência possível.

A metáfora de que se valem as diferentes formulações sistêmicas de direito é a da *pirâmide*, mediante a qual se pode pensar o fenômeno jurídico como *ordenamento organizado* (*dispondo de órgãos competentes para a realização jurídica; colocação do direito em movimento*), perfazendo-se como um todo coerente e completo, interpretável como unitário à medida que estruturado a partir da comum origem representada pela ficção da norma fundamental. Num imaginário jurídico faminto pela certeza e segurança, compreensível é que tenha se tornado um hábito mental o de lidar com o direito como se escalonável em uma pirâmide de fato fosse, à medida que se avista nela um facilitador instrumento de elucidação e de operacionalidade do fenômeno jurídico, bem como espécie de acalentador das consciências, ao permitir reunir sob a aparência da harmonia o material jurídico rico em contradições,²⁷⁰ que acabam desintegradas pela

meramente pensado. Como tal, ela é uma pura ou 'verdadeira' ficção no sentido da vahingeriana Filosofia do Como-Se, que é caracterizada pelo fato de que ela não somente contradiz a realidade, como também é contraditória em si mesma." Kelsen, Hans. *Teoria geral das normas*, p. 328.

²⁷⁰ Mais uma vez aqui, a fixação pela harmonia não se circunscreve à ciência jurídica, podendo-se encontrar, com as reservas da ironia, uma espécie de *Stufenbau cosmológica* em Teilhard de CHARDIN, por exemplo. "A ordenação das partes do Universo tem sido sempre para os homens um motivo de deslumbramento. Ora, esse arranjo se revela cada dia mais espantoso, à medida que nossa Ciência se torna capaz de um estudo mais preciso e mais penetrante dos fatos. Quanto mais longe e profundamente penetramos na matéria, por meios sempre mais poderosos, tanto mais nos confunde a interligação de suas partes. Cada elemento do Cosmo é positivamente tecido de todos os outros: abaixo de si próprio, pelo misterioso fenômeno da composição, que o faz subsistir pela extremidade de um conjunto organizado; e, acima, pela influência recebida das unidades de ordem superior que o englobam e dominam para seus

recorrente confusão entre realidade concreta e realidade pensada, isto é, pela miscigenação forjadora de simulacros entre *o que é* e o que se pensa *dever ser*, ao ponto que, irrefletidamente, assume-se como elementar aquilo que fora pelo gênio criativo dos juristas de um seu tempo criado. Mais uma criação alimentadora daquele *elegante esperança* dos juristas, na sua incansável procura pela ordem.²⁷¹

Com isenção de levianas pretensões de exauribilidade, adiante tentar-se-á problematizar a tese da construção escalonada da ordem jurídica, quer sob perspectiva interna a ela mesma, em tentativa de apontar eventuais fragilidades, enquanto possíveis pontos de gangrena passíveis de desencadear septicemia, bem como sob perspectiva externa, num intento de trazer à luz a impossibilidade de extemporaneidade de qualquer constructo teórico, por mais lapidado que possa ser, como que num esforço de refletir a erosão provocada pelos imprevisíveis contornos assumidos pela vivência humana, social e jurídica, no evoluir temporal que se seguiu à cunhagem do núcleo duro da teoria pura do direito.

Se se quiser filosofar com martelo, acautelando-se para desferir golpe certo contra o ídolo da vez, representado pela tese da *Stufenbau* de Adolf MERKL e de Hans KELSEN, e preocupando-se em imunizar os próprios dedos face a este ousado movimento, faz-se mister começar pelo princípio, isto é, pela primeva premissa da teoria pura do direito (segundo possível interpretação), consistente em divisar um mundo do *ser* e um mundo do *dever ser*, correspondentes a distintas científidades radicadas em específicas leis, a das ciências da natureza e a das ciências do espírito, a primeira às voltas com problema da *causalidade*, enquanto nexos que relaciona uma causa ao seu efeito e a segunda matizada pela *imputação*, a conexionar ilícito e sanção.²⁷² Assim, no sistema da teoria pura, o direito não faz parte da natureza, não se

próprios fins.” CHARDIN, Teilhard. *O fenômeno humano*, p. 44. (grifou-se). A honestidade intelectual impõe aqui registrar que o próprio autor dessa passagem imaginava ter com isso descrito um funcionamento em *rede*, não *piramidal*.

²⁷¹ “Nel racconto *La biblioteca di Babele* Jorge Luis Borges descrive l’universo (che altri chiama la Biblioteca) e lo sforzo d’un vecchio bibliotecario per trovarvi un ordine. Lo m’arrischio, -concludere il bibliotecario, - a insinuare questa soluzione: la Biblioteca è illimitata e periodica. Se un eterno viaggiatore la traversasse in una direzione qualsiasi, constaterrebbe alla fine dei secoli che gli stessi volumi si ripetono nello stesso disordine (che, ripetuto, sarebbe un ordine: l’Ordine). Questa elegante speranza rallegra la mia solitudine. La metafora dell’infinita ricerca dell’ordine nella ‘biblioteca-universo’ esprime bene quello che il sistema è stato per generazioni di giuristi: un irraggiungibile obiettivo verso cui li spingeva un sempre insoddisfatto bisogno di ordine.” LOSANO, Mario G. *La nozione di sistema giuridico in Hans Kelsen*. Milão: Cuesp, 1998, p. 7.

²⁷² “La idea de un sistema de normas regulares de la conducta humana y constituyente de la sociedad como un orden totalmente diferente de las leyes de la naturaleza es posible sin la ficción del libre albedrío y, por tanto, sin contradicción con el principio de causalidad. Desde esse punto de vista, sociedad y naturaleza son dos sistemas diferentes cuya diferencia radica en el hecho de que los fenomenos, y

identificando a experiência jurídica à experiência natural, o que estaria a requerer uma cientificidade autônoma do direito com relação às ciências naturais, exigida pela intangibilidade entre *ser* e *dever ser*.

Ainda que o tipo de consideração que se passa agora a tecer não seja a mais adequada forma de proceder criticamente com relação a uma teoria qualquer que se pretenda desconstruir, tanto mais quando se coloca à frente de uma tão lapidada formulação como a da teoria pura do direito, à medida que não se introjetam os seus pressupostos, não se raciocinando dentro da mesma faixa de sintonia sugerida por seus pais-fundadores, antes pelo contrário se os ataca frontalmente, acredita-se ser necessária uma prévia avaliação epistemológica, para reiterar a hipótese norteadora de toda a proposta conceitual que até aqui se veio construindo, que é algo de diverso daquela que funda o arcabouço da tese da construção escalonada da ordem jurídica. Parte-se daqui não da intangibilidade, mas da inscindibilidade entre *ser* e *dever ser*.

Não há dois mundos distintos e separados, um do ser e outro do dever ser. Direito e vida imbricam-se indissociavelmente e não há outro plano à disposição para o acontecer jurídico que não o do mundo da vida, em que esta e o direito em realização se confundem, pois é ela sua engrenagem a operar numa incessante geração de novos conflitos exigentes de sempre novas concretizações do direito mediante decisões jurisdicionais que hão de revelá-lo de forma plena. Ainda que se queira pensar normativamente o fenômeno jurídico, há que se perceber que norma não há que não embuta em si a faticidade social, de forma que fato e norma não se apresentam como elementos irreduzíveis à espera da subsunção de um no outro, antes pelo contrário, no momento conglobante da juridicidade, que é o da decisão, fundem-se irremediavelmente no processo hermenêutico de construção da norma do caso. Ora, se no memento por excelência de manifestação do direito, que se concretiza na decisão jurídica (sobretudo judicial), que o realiza num instante marcado do seu acontecer, não é possível cindir um ser e um dever ser, então é de se assumir que as realidades que durante tempos assim se denominou como sendo algo de imiscível, interpenetram-se profundamente de forma a inviabilizar uma sua teórica desconexão, sob pena de se desembocar em postura irrealista e de obscurantismo.

especialmente la conducta humana, son interpretados conforme a dos tipos esencialmente diferentes de 'leyes'." KELSEN, Hans. *Sociedad y naturaleza*. Una investigación sociológica. Tradução de Jaime Perriau. Buenos Aires: Dpalma, 1945, p. 409.

Feita essa preliminar consideração, ingressa-se agora no âmago da tese da construção escalonada para raciocinar em conformidade com as suas premissas. Cumpre salientar que, certo modo, seus germes já se encontravam no primeiro Hans Kelsen, dos *Hauptprobleme der Staatslehre*, à medida que já lá se colocava o problema da concretização do direito, mais propriamente, das normas jurídicas gerais. A unidade da ordem jurídica, no sistema kelseniano, se fazia amparar pela premissa inquestionável do caráter unitário da vontade e decisão do Estado, que se manifestariam e exauririam internamente ao ordenamento jurídico.

Suposto da unidade do ordenamento, naquela originária formulação da teoria pura, era a tese do *monismo* quanto aos centros produtores de normas de direito: pensava-se a lei como fonte única e exclusiva da juridicidade. Nesse sentido, identificavam-se estado e direito, no que tange ao aparato legiferante, havendo, entretanto, mais estado que direito, à medida que jurisdição e administração escapavam ao estrito conceito legislativo desse último. Afigurava-se a administração estatal como atividade meramente executiva do direito posto, inadmitindo-se que contradições internas a ele, vez que emanado da sempre coerente vontade estatal, resolvendo-se o problema das nulidades mediante imputação à pessoa responsável pela exação do ato administrativo defeituoso, cuja debilidade não se poderia remeter ao estado, sustentando-se a insindicabilidade jurisdicional dos atos administrativos, revestidos de presunção de validade. Ainda, o conceito de norma fundamental colocava-se a serviço da unidade do ordenamento, à medida que permitia relacionar as normas jurídicas de forma hierárquica, não se podendo admitir normas inferiores que contraditassem normas superiores. Desse modo, a idéia de unidade aparecia, sobretudo, representada de forma negativa, como ausência de contraditoriedade, que deveria ser evitada. Somente com Adolf Merkl é que se passa a pensar o fenômeno jurídico, concebido como ordenamento, enquanto um *continuum* realizável em graus, assumindo a unidade um caráter positivo, enquanto verificável a partir da auto-regulação da produção das formas de normação jurídica.²⁷³

Com referência à exclusividade da lei enquanto fonte jurídica, não há que se deter numa tentativa de revelar o caráter não unitário do acontecer jurídico, à medida que é intrínseco à tese da construção escalonada da ordem jurídica o reconhecimento da

²⁷³ Para uma visão panorâmica, porém não superficial, acerca das contribuições centrais de Adolf Merkl para o sistema teórico da *Reine Rechtslehre*, conferir o estudo introdutório de Mario Patrono à edição italiana de *Das doppelte Rechtsantlitz*. Patrono, Mario. *Presentazione*. In: Merkl, Adolf. *Il duplice volto del diritto*, pp. I-LX.

normatividade de outros atos jurídicos não legislativos. Apenas há que se perceber o fator de complexidade representado por tal reconhecimento, que exige reunião sob a alcunha de norma jurídica de atos bastante distintos quanto à sua estrutura e função, o que se vai buscar mediante a forja de uma norma fundamental capaz de permitir a interpretação normativa dos atos preparatórios à execução da coação última, à medida que se apresenta como seu fundamento originário comum. Nessa suposição de normatividade válida de uma primeva autorização à criação de normas jurídicas, que se quer avistar na norma fundamental, entretanto, há uma ruptura com a premissa epistemológica acima apontada acerca da incomunicabilidade entre *ser* e *dever ser*.²⁷⁴ Ocorre que a norma fundamental, quer enquanto hipótese, tal qual na formulação da *Teoria pura do direito*,²⁷⁵ quer enquanto ficção, como se pode ler na revisão da *Teoria geral das normas*, não se apresenta como um juízo de dever ser pertencente ao sistema jurídico como norma positivada, figurando como criação intelectual cujo fundamento não pode ser retirado de norma superior, apresentando-se como ser em relação ao dever ser, vez que não se pode defini-la como norma jurídica no sentido da teoria pura.²⁷⁶ Afirma-se que a norma fundamental constitui o sistema normativo, resguardando-se para ela a condição de princípio reitor, com a peculiaridade de que, no âmago da teoria pura, esse princípio é buscado fora do sistema, o que significa que o fechamento sistêmico radica, ali, em algo que sistema não é. Ora, sem que se precise mergulhar nas profundezas da teoria sistêmica, operacionalizável mediante códigos binários delimitadores de sistema e entorno, parece cristalino que não se pode sustentar coerentemente um sistema que encontra seu fundamento em um não-sistema, o que se agrava no caso da tese da *Stufenbau* à medida que assume ela como pressuposto a separação entre *Sein e Sollen*,²⁷⁷ em que pese a relativização consistente em avistar em

²⁷⁴ “(...) se a norma fundamental não é uma norma jurídica positiva, é alguma coisa que o jurista aceita com base em sua avaliação de justiça ou de oportunidade, ou seja, com base numa escolha que, para Kelsen, é não-científica porquanto irracional (ou melhor, subjetiva). Se, porém, a norma fundamental é um expediente gnoseológico para encerrar em sistema unitário os vários níveis normativos, estamos diante de um elemento teórico (pertencente ao mundo da natureza, do ‘ser’) que condiciona a existência de uma norma (pertencente ao mundo do direito, do ‘dever ser’); passagem que Hans Kelsen considera inconciliável com o pressuposto da pureza metodológica.” LOSANO, Mario G. Introdução. In: KELSEN, Hans. *O problema da Justiça*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. VII-XXIII, p. XX.

²⁷⁵ De resto já presente em artigo de 1914. KELSEN, Hans. Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischen Verfassung. *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1914, pp. 202-245.

²⁷⁶ “(...) ela tem de ser *pressuposta*, visto que não pode ser *posta* por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada.” KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 217.

²⁷⁷ “(...) a questão de por que é que a norma vale – quer dizer: por que é que o indivíduo se deve conduzir de tal forma – não pode ser respondida com a simples verificação de um fato da ordem do ser, que o fundamento de validade de uma norma não pode ser um tal fato. Do fato de algo *ser* não pode seguir-se

cada ato normativo da série contínua simultânea criação e aplicação do direito, aproximando-se aquilo que originariamente fora tido como intangível, o *dever ser* criativo do *ser* aplicativo.

Outra ponderação imanente ao sistema da teoria pura pode ser realizada com respeito à quebra da unidade sistêmica da ordem jurídica a partir do reconhecimento da possibilidade de decisões jurídicas *contra legem*, isto é, normas individuais construídas em desatenção à moldura, escapando-lhe os contornos. Aqui há que se trabalhar com interpretação que aviste aquilo que há de estático no caráter essencialmente dinâmico da construção escalonada da ordem jurídica,²⁷⁸ isto é, a partir da mínima determinação material que a norma superior exerce sobre a norma inferior, vez que, do contrário, qualquer tentativa de trilha por essas sendas se veria fracassada por equivocada na sua avaliação do alcance da tese da *Stufenbau*, preponderantemente a significar um escalonamento de autorizações para a produção normativa e para a aplicabilidade de sanções coativas, e não a representar uma absoluta vinculação de conteúdo da norma inferior com relação à norma superior. Pensando-se a construção escalonada da ordem jurídica, está-se habilitado a afirmar que a norma individual, isto é, aquela veiculada pela sentença judiciária, há de conter em si todas as condições que tornem possível a realização da coação, isto é, deve se revestir de uma parte de todas as logicamente anteriores normas do ordenamento que lhe asseguram a validade, inclusive não podendo contraditá-las frontalmente em seu conteúdo, vez que são materialmente minimamente determinadas, de modo que, com coerência e respeito à tese da construção escalonada, não se poderia admitir como jurídica uma decisão para fora da moldura, em que pese proferida pelo órgão juridicamente autorizado em conformidade com as anteriores relações lógicas de determinação (delegações, para Hans Kelsen) entre normas superiores e inferiores. Ora, uma norma totalmente²⁷⁹ fora da moldura deixa de respeitar a mínima determinação material, isto é, o seu condicionamento estático ao ordenamento

que algo *deve* ser; assim como do fato de algo *dever ser* se não pode seguir que algo *é*.” KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 215. Assim também: KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*, pp. 161-162. Hans KELSEN inclusive chegara a assumir a necessária origem fática de todo o fenômeno normativo, emblematizado na figura da *górгона do poder*.

²⁷⁸ Há que se perceber que Hans Kelsen oferece espaço a essa interpretação, embora conceba a ordem jurídica como sistema dinâmico de normas. “O sistema de normas que se apresenta como uma ordem jurídica tem essencialmente um caráter dinâmico.” KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 221. Veja-se: *essencialmente* dinâmico, não exclusivamente. Essa percepção não escapou a Rober WALTER. “Kelsen alude a que em el sistema del orden jurídico se hallan reunidos el principio estático y el principio dinámico, cuando expone que el sistema normativo que se representa como orden jurídico es *esencialmente de naturaleza dinámica*.” *La Estructura del orden jurídico*. Bogotá: Editorial TEMIS Libreria, 1984, p. 47.

²⁷⁹ Vide nota 108 infra.

como um todo, à medida que não embute todas as condições necessárias à válida aplicação da coerção, representando, assim, possível ponto de gangrena na teoria, à medida que se reconhece a sua juridicidade.

Ademais, explorando-se ainda a possibilidade de uma norma de decisão (norma individual) fora da moldura e assumindo-se o condicionamento da superioridade/inferioridade das normas a partir dos critérios de *dependência lógica* e da *força derogatória* das normas jurídicas, há que se problematizar a inferioridade da sentença judiciária com relação às leis ordinárias.²⁸⁰ Primeiramente, há que se perceber que a superioridade enquanto dependência lógica das sentenças com relação às leis radica na equivocada suposição de que haja verdadeira vinculação jurídica exercida pelos atos legislativos com relação ao órgão judicante, algo que não se verifica, senão no sentido de uma vinculação psíquica condicionada culturalmente, enquanto hábito mental de se raciocinar a partir da sujeição a um *império das leis*, aparecendo como predisposição do julgador em consultar as proposições jurídicas para realizar o direito mediante a confecção da norma do caso. Demais disso, a própria assunção da possibilidade de norma individual não enquadrável na moldura da norma geral, que aparece, aliás, como igualmente jurídica, revela o reconhecimento da independência lógica da sentença com relação às leis ordinárias, afigurando-se tão-somente dependentes as decisões jurídicas de atos de vontade do órgão judicante, no momento da realização judicativo-decisória do direito.²⁸¹

Não bastasse isso, também no que tange ao critério da força derogatória a afirmação da superioridade das leis parece fracassar. Sem adentrar nos meandros da recorribilidade das decisões jurídicas por conta de afronta direta a texto expresso de lei, que não é senão particularidade contingente das articulações de concretas experiências jurídicas, há que se perceber não haver possibilidades de que uma lei ordinária venha a derogar uma sentença, ainda que seja essa albergante de norma jurídica *contra legem*, vez que transitada em julgado, reveste-se de imutabilidade o *decisum*, não se podendo

²⁸⁰ “Una norma che há la forza di derogare ad un’altra, mentre questa non può derogare alla prima, è per tale motivo di grado superiore e la norma derogabile di grado inferiore rispetto a quella derogante. (...) Così, per esempio, sono di grado superior ela legge costituzionale rispetto alla legge ordinaria, la legge ordinaria, e inparticolare la legge di dettaglio, rispetto al regolamento esecutivo, *la legge e il regolamento esecutivo rispetto allá sentenza e all’atto amministrativo individuale*,” MERKL, Adolf. *Prolegomeni alla costruzione a grade del diritto*, p. 38-39.

²⁸¹ Entretanto, há que se salientar que, em algum sentido, isto é, de modo parcial, a tese da construção escalonada conduz mesmo a uma superioridade das leis com relação à sentença, enquanto dependência lógica, no que tange ao condicionamento às leis de organização judiciária, que definem a competência do órgão julgador, sem a qual não se poderá, no sistema da teoria pura, identificar uma decisão jurídica..

imaginar que uma *proposição legal* posterior venha a derrogar uma anterior *norma judicial*, tampouco sendo razoável imaginar-se que uma lei anterior invalide uma sentença posterior, que com relação à primeira está no plano do *vir-a-ser*. Finalmente, há que observar que, não obstante reconhecida a possibilidade de anulação ou reforma da sentença contenedora de norma de decisão contrária à lei, enquanto não haja posterior decisão judicial constitutiva dessa *ilegalidade*, não se poderá coerentemente deixar de cumprir com a *obrigação* veiculada na sentença, perfazendo-se vínculo jurídico irresistível, ainda que provisoriamente.

Tomando-se, ademais, o conceito generalizado de norma jurídica manejado pela teoria pura,²⁸² enquanto juízo de dever ser amparado por coerção externa organizada, é confrontada a tese da construção escalonada do ordenamento jurídico enquanto *hierarquia de normas*²⁸³ pela objeção da impossibilidade de serem interpretados todos os atos jurídicos interpostos entre a norma fundamental e a execução da coação última como normativos naquele sentido, sem se recorrer ao artifício das chamadas normas *não autônomas*²⁸⁴. Dentre as contribuições críticas à tese da *Stufenbau*, nesse sentido, desponta como tentativa de superação desse inconveniente aquela que propugna repensar a relação lógica recíproca entre os diferentes degraus da construção escalonada não como uma hierarquia entre normas, mas antes como uma *hierarquia entre autorizações*, a começar pela norma fundamental, que define as condições para a válida estatuição da primeira constituição, até a autorização final veiculada pela decisão judiciária, determinante das condições para a válida execução da coação pelos órgãos competentes.²⁸⁵ Ora, se se não lidar tendenciosamente com o

²⁸² “Com o termo ‘norma’ se quer significar que algo *dever ser* ou acontecer, especialmente que um homem *se deve* conduzir de determinada maneira. (...) Neste ‘dever’ vão incluídos o ‘ter permissão’ e o ‘poder’ (ter competência). (...) Dizer que o direito é uma ordem coativa significa que as suas normas estatuem atos de coação atribuíveis à comunidade jurídica.” KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, pp. 5, 6 e 36.

²⁸³ “Fra le immagini proposte per il paragone – una catena, un albero genealogico, un corso d’acqua, un processo tecnico-produttivo, etc. – quella di una *gerarchia* (*Stufenfolge*), di una *costruzione a gradi* (*Stufenbau*) é certo la più disadorna ma anche la più espressiva. (...) Nel mondo giuridico vige non soltanto l’*equiordinazione* di alcuni tipi di norme ma la *sovraordinazione e la subordinazione* tra altri tipi di norme. Per questi ultimi, l’immagine linguistica è data alla costruzione a gradi.” MERKL, Adolf. *Prolegomeni alla costruzione a gradi del diritto*, pp. 50 e 51. Também assim em KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 246

²⁸⁴ Todas as normas que “não estatuem elas próprias um ato coercitivo e, por isso, não contenham uma prescrição mas antes confirmam competência para a produção de normas ou contenham uma permissão positiva, são normas não-autônomas, pois apenas têm validade em ligação com uma norma estatuidora de um ato de coerção.” KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 64.

²⁸⁵ “Esta idea de autorización se puede trasladar a todos los demás escalones: autorización de reglamentos, estatutos autônomos y convenciones colectivas por ley; autorización de actos administrativos, sentencias judiciales y negócios jurídicos por ley, reglamento, estatuto autônomo o convención colectiva; autorización de actos de apremio y actos reales por acto administrativo, sentencia

arsenal conceitual oferecido pela Escola de Viena, perceber-se-á que, com ênfase no caráter de *posição de direito* (*Rechtssetzung*) e na necessária formulação de uma ameaça de coação como qualificadores das normas jurídicas, bem como pensando-se no sentido das normas primárias,²⁸⁶ enquanto *autorizadoras* de aplicação da sanção mediante execução coativa, há de se concordar que a reformulação que pretende passar de uma hierarquia de normas para uma hierarquia de autorizações não apresenta alcance superior ao de um jogo lingüístico. Para além disso, embora o distintivo das normas jurídicas com relação aos demais juízos normativos pertencentes às outras ordens sociais seja mesmo o caráter coativo, o direito pensado como sistema normativo se distingue pelo seu caráter coativo geral, não havendo, no âmbito da teoria pura, necessidade de que cada norma contenha em si a previsão de coerção externa, bastando, para que seja definida como jurídica, que se a possa identificar como integrante do ordenamento jurídico como um todo, mediante a recondução de sua validade à norma fundamental, o

judicial o negocio jurídico. Así resulta un sistema de autorizaciones escalonadas, que puede ser designado con la expresión de 'teoría de la gradación de autorizaciones' - en contraposición a la teoría de la gradación de las normas jurídicas." NAWIASKY, Hans. *Teoría general del derecho*, p. 83. Assim também em Felix KAUFMANN encontra-se expressa a relação entre as normas mediante uma delegação de mandamentos e não como uma relação de conteúdos normativos. „Die Lösung der ersten Frage liegt in der von uns durchgeführten Beschreibung der Gebotsdelegation. Ihr Wesen besteht darin, daß dem Gebotsempfänger das gebotene Verhalten nicht uno actu seinem vollen Inhalt nach vorgeschrieben, sondern daß er diesbezüglich auf weitere Gebotsinhalte hingewiesen wird, welche letztere durch empirische Kennzeichnung der sie beinhaltenden Ausdrucksakte bestimmt werden. Die Grundnorm (Erzeugungsregel) stellt also eine Verbindung nur zwischen den Normierungsakten, nicht aber zwischen den Normgehalten her. Bezeichnet man sonach die Normen, die sich als Inhalte von im Sinne einer bestimmten empirischen Grundregel ablaufenden Ausdrucksakten darstellen, als Normen einer bestimmten Rechtsordnung, so darf man nicht vergessen, daß hiemit keine logische Determination des Begriffes „Norm“, sondern eine nach empirischen Gesichtspunkten erfolgende Gruppierung vorgenommen wurde, die daher nicht demjenigen logischen Prozeß an die Seite gestellt werden kann, wodurch man vom Genus „Norm“ zur Spezies „sanktionierte Norm“ gelangt.“ KAUFMANN, Felix. *Die Kriterien des Rechts*. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1924, p. 138-139. (grifou-se)

²⁸⁶ Tal qual definidas na *Teoria pura do direito*, anteriormente à titubeante revisão da *Teoria geral das normas*. “(...) wenn man annimmt, jede generelle Rechtsnorm sei die Verbindung von zwei Normen, von denen die eine ein bestimmtes Verhalten der Rechtssubjekt als gesollt setzt, die andere für den Fall der Verletzung dieser Norm die Setzung eines bedingten Zwangsaktes seitens eines Rechtsorganes als gesollt setzt. Ich habe die zweite Norma als primäre, die erste als sekundäre Rechtsnorm bezeichnet.” Kelsen, Hans. *Allgemeine theorie der normen*, p. 43. Nesse ponto, cabe ter presente a contribuição de Robert WALTER à teoria da construção escalonada da ordem jurídica, ao precisar o conceito de *norma coercitiva* como “prescripción de algo que debe ser o suceder. Lo que ella determina como debido es un *acto coercitivo* (pena o ejecución). (...) Em el sentido ideal típico solo cabe hablar de semejante norma coactiva (completa) cuando e lacto coercitivo que exactamente definido según su tipo, contenido e intensidad y sus condiciones se han fijado de manera inequívoca.” Distinguindo-a das regras de produção de normas coativas, que aparecem em Hans Kelsen como normas *não-autônomas*, à medida que não estatuem atos coativos, apenas regulamentam a maneira como se pode proceder à prescrição de uma norma coativa. “Hé aquí (...) la misma diferencia que entre la informacion sobre el camino que se há de tomar y la información sobre la persona capaz de informar acerca de ese camino.” WALTER, Robert. *La estructura del orden jurídico*, pp. 31 e 32-33.

que garantirá sua realização coativa quando necessário, vez que conectada a outras normas pertencentes ao mesmo ordenamento jurídico.²⁸⁷

De qualquer forma, pensam alguns, há que se perceber a impraticabilidade de se prosseguir pensando a construção escalonada da ordem jurídica como simples relação lógica entre normas jurídicas, à medida que o que define verdadeiramente o nível ou a camada ocupado por cada ato jurídico no processo de produção do direito não é uma qualidade intrínseca a cada um desses atos, como, por exemplo, *generalidade* ou *individualidade*, tampouco o seu conteúdo, havendo distinção de grau entre atos normativos rigorosamente idênticos quanto à materialidade de sua prescrição. Há que se perceber que paralelamente ao escalonamento das normas jurídicas, tal qual concebido pela teoria pura do direito, não se pode prescindir da identificação de um escalonamento de órgãos jurídicos, vez que a emanção de um específico órgão, no processo de produção jurídica, e não de um outro, é capaz de conferir força distinta ao ato jurídico em questão com referência a outro ato de idêntico conteúdo. Desse modo, condição para uma eventual subsistência da tese da construção escalonada enquanto esquema explicativo da articulação dos atos jurídicos, normativamente pensados, em seu aspecto dinâmico, é o acréscimo à tradicional hierarquia das normas jurídicas de uma hierarquia de órgãos competentes:²⁸⁸ a primeira, pode-se dizer, depende da segunda.²⁸⁹

²⁸⁷ Geradora de perplexidade, entretanto, é a consideração de Alfred VERDROSS, acerca da ausência de coerção jurídica externa aplicável aos órgãos jurídicos decidam contrariamente aos ditames legais, nem mesmo naquelas experiências em que há expressa disposição vinculando o julgador à lei, de modo a evidenciar a existência de uma obrigação que não pode ser garantida internamente ao sistema de normas jurídicas. “Todos os ordenamentos jurídicos prevêem órgãos superiores, que ocupam o topo da hierarquia. Deles requer também a norma jurídica determinado comportamento. Assim o órgão jurisdicional supremo tem o dever de observar e de fazer aplicar a lei vigente. No entanto, se adotar comportamento contrário a este dever, a norma jurídica positiva não imputa ao mesmo determinada consequência jurídica ilícita. Este dever não está sancionado. O órgão jurisdicional superior é juridicamente livre de escolher o seu comportamento. Mesmo no caso de existir outro órgão, dotado de competência disciplinar, que se destine a comprovar a legalidade dos seus comportamentos, aplicando sanções disciplinares aos seus servidores a paisagem não muda. Pois, neste caso, será o órgão disciplinar superior que atuará sem possibilidade de ter os seus comportamentos sancionados. Quer dizer: em qualquer ordenamento jurídico, há órgãos superiores, que nós designaremos por *órgãos limites*. Ora, estes órgãos limites terão de se comportar, relativamente ao direito positivo, de certa maneira por ele requerida. No entanto, o dever ser jurídico, que observam, não lhes é imposto sob a ameaça de uma sanção jurídica.” VERDROSS, Alfred. A sistemática articulação do direito e da moral. *Revista Forense*. vol. CXXXVII, ano XLVIII, fascículo 579, setembro de 1951, pp. 325-330, p. 326.

²⁸⁸ Carl SCHMITT desfere ácida crítica contra a tese da construção escalonada da ordem jurídica, enquanto hierarquia de normas, em consonância com a defesa de uma necessária racionalidade do “ordenamento jurídico concreto”, imputando à teoria pura um caráter formalista e abstrato, responsável pela miscigenação, em um esquema lógico não verificável na *práxis*, de atos jurídicos bastante distintos entre si e nas relações que guardam uns com relação aos outros, afirmando apenas poder subsistir, com alguma adequação, uma hierarquia de instâncias normativas. “(...) se a Constituição se tornar lei positiva, ela não é mais nem menos direito do que, por exemplo, o código de direito civil, o qual não vigora de modo algum ‘com base’ na Constituição’. Assim, a ‘teoria de graus’, com sua ‘universalidade’ da norma, é interessante, talvez, para a teoria jurídica abstrata, mas não para a teoria constitucional. Não se atinge o

Pontue-se, aqui, que embora possa se estabelecer uma correspondência entre órgãos e atos jurídicos deles emanados, escalonados estes em uma *pirâmide*, não parece haver uma correspondiva *pirâmide* de órgãos, isto é, não parecem os diferentes órgãos de produção jurídica estarem relacionados hierarquicamente entre si de tal forma que se possa avistar no ordenamento normativo o espectro dessa hierarquia orgânica. O que parece existir é uma distribuição de competências entre os órgãos jurídicos: assim, por exemplo, embora haja, segundo o esquema da *Stufentheorie*, uma relação de relativa superioridade/inferioridade entre lei e regulamento (disciplinador da fiel execução das leis), ambos emanam de um mesmo órgão, o parlamento, porém no exercício de competências distintas; também assim, eventual decreto presidencial colocado abaixo de uma específica lei ordinária não permite identificar o Executivo como hierarquicamente subordinado ao Legislativo.

Ainda que, com acatamento dessa ressalva, procure-se revitalizar a tese da construção escalonada de uma suposta ordem jurídica como esquema para explicação e operação do material oferecido pela vivência jurídica, há que se indagar, para além de sua coerência interna, acerca de sua realizabilidade prática, isto é, deve-se confrontar essa *Stufentheorie* às experiências jurídicas concretas, à medida que se assume aqui como postulado a indissociabilidade entre teoria e prática e se procura exercitar uma ciência jurídica que esteja atenta ao único direito que há de interessar às investigações dos juristas, aquele que constantemente se realiza na vida cotidiana e que encontra sua

problema específico, pois, em vez de uma base tórico-constitucional, é dado um esquema teórico-jurídico vazio de 'ordem jurídica' e de 'gradação' universal ou 'hierarquia' de 'normas'. (...) Por haver leis com força de vigência mais forte e mais fraca e uma norma constitucional ser emendável apenas sob as dificultadas condições do artigo 76 da Constituição, enquanto uma lei ordinária posterior, pode-se falar, com uma certa razão, de normas mais fortes ou mais fracas, 'superiores' e 'inferiores'. A expressão é útil e não é equívoca, desde que, com ela, sejam designados apenas aqueles diversos graus de alteração e revogabilidade. Transforma-se em uma metáfora fantasiosa, caso se fale, então, de uma geral 'hierarquia das normas' e, nesse quadro, se misturem três ou quatro tipos variados de superioridade e subordinação, a 'superioridade' da Constituição sobre a totalidade da vida estatal, a 'superioridade' da lei mais forte sobre a mais fraca, a 'superioridade' da lei sobre a sentença judicial e atos da aplicação legal, a superioridade do superior sobre o subordinado. Com razão, há apenas uma hierarquia de seres concretamente existentes, uma superioridade e subordinação de instâncias concretas. Uma 'hierarquia das normas' é uma antropomorfização da 'norma', sem espírito crítico e ametódica, e uma analogia improvisada." *O guardião da constituição*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, pp. 59-60.

²⁸⁹ "La gradation des règles, comme aussi celle des fonctions et des actes, ne provient pas du degré de vertu inhérent à chaque espèce de règle prise en soi, mais du degré de puissance des organes ou autorités par qui la règle a été édictée, la fonction exercée ou l'acte accompli. Em d'autres termes, la marche graduelle et successive qui s'observe dans l'élaboration du système de normes de l'État moderne n'a point sa cause première dans la gradation, naturelle ou logique, des règles elles-mêmes envisagées dans leurs rapports les unes avec les autres; mais, par gradation des règles, il faut entendre une gradation qui a sa cause effective dans les conditions organiques auxquelles est soumise, selon l'ordre juridique positive, la formation du droit." CARRÉ DE MALBERG. *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés*, p. 27.

plenitude no momento judicativo-decisório, tendo assegurada a sua indenegabilidade pela *obligatoriedade da decisão jurídica*.

Toda a construção escalonada, enquanto processo de produção jurídica, é imaginada como gradual concretização das normas jurídicas, figurando os atos intermédios como etapas preparatórias para a realização final do direito mediante um ato coativo que não se reveste de caráter normativo e que, por conta disso, isto é, por não poder ser interpretado como norma jurídica, vez que não cria direito e se faz meramente executivo, resta colocado para fora do sistema dinâmico-jurídico, definido como sistema de normas.²⁹⁰ Ora, talvez nada seja tão evidentemente jurídico quanto a vinculação decorrente de uma norma de decisão que se faz exaurir em um ato de coação por ela ordenado ou autorizado. Direito de modo algum se resume às normas jurídicas definíveis como juízos de *dever ser* amparados por coação externa. Se direito é *inevitabilidade de decisão* mais variáveis, há que se deixar fluir a vivência jurídica pensando-se-a a partir dessa constatação que se faz postulado de uma cientificidade jurídica possível, não havendo ganho metodológico algum nas tentativas de sistematização do desordenado material fornecido pelas concretas experiências jurídicas sob a orientação de uma pretensão de unidade, tendo sido todas elas derrotadas pela contradição inerente ao acontecer jurídico e que é rechaçada pela própria idéia de sistema. Direito não é unidade, antes é contradição e, por vezes, acaso.²⁹¹

Acrescente-se ainda que, confrontando a *Stufentheorie* com a realidade jurídica, reboará seu desajuste prático, à medida que a norma de decisão, embora realizadora do direito em sentido pleno, pode não representar concretização de proposição jurídica alguma, fazendo ruir a interpretação da construção escalonada como gradual concretização ou individualização de normas jurídicas gerais. Somente se se pensasse num escalonamento exclusivamente processual, enquanto supra/infra-ordenação de normas reguladoras de condições de possibilidade da coação última, é que se poderia imaginar uma sucessão gradual de autorizações desde uma fictícia norma

²⁹⁰ “Con el negocio jurídico, la sentencia y la resolución administrativa no acaban todos los actos jurídicos. Queda aún el cumplimiento de los negocios jurídicos, de las sentencias y de los mandatos administrativos mediante una prestación de hecho, um acto real, como há sido denominada: la entrega de la cosa debida, e lacto coativo estatal realizado por el funcionario ejecutor o el Organo de policia. Aqui no encontramos el establecimiento de una norma jurídica individual, sino la producción de una situación de hecho.” NAWIASKY, Hans. *Teoria general del derecho*, pp. 80-81.

²⁹¹ “Embaixo de qualquer pedra onde a Ciência olhe, em qualquer horizonte em que sua vista repouse, lá está o Caos. Não é diferente no Direito. No Brasil existem ditos populares (...) sobre a imprevisibilidade da cabeça dos juízes. Não os subscrevo de todo, porém devo salientar, como militante, não conhecer advogado que nunca tenha se surpreendido com uma decisão judicial inesperada ou aberrante. Por exemplo.” ARONNE, Ricardo. *Direito civil-constitucional e teoria do caos*. Estudos preliminares, p. 23.

fundamental até a sentença autorizadora de um ato coativo como esquema explicativo do funcionamento do direito, o que de logo sobeja desparatado, à medida que a vivência jurídica jamais se poderá conter num tal simplismo conceitual.

A matriz conceitual da tese da construção escalonada do ordenamento jurídico supõe a identidade entre direito e estado,²⁹² assumindo-se esse como centro único de produção jurídica, isto é, de emanção de comandos sociais efetivos interpretáveis como normas jurídicas por conta de sua pertinência ao ordenamento jurídico estatal. Estado se define ali como *sistema de normas*²⁹³ constituído mediante hierárquico escalonamento de funções, as quais se encontram superpostas umas às outras, simultaneamente apresentando-se como condicionadas e condicionantes, estando em função do direito e contribuindo para a criação deste, de modo que a hierarquia das funções estatais correspondem formas de preceitos jurídicos, cuja série escalonada consubstancia o direito (ou o estado).²⁹⁴

Entre direito e estado, entretanto, não há perfeita simetria. Pode-se isto inferir desde a essencialidade do fenômeno jurídico, qual seja, a inevitabilidade da intervenção de um terceiro, que não obstante modernamente assuma a feição de *obligatoriedade de uma decisão jurídico-judicial*, pode ser realizada mediante interferência de terceiro não estatal, convocado para tanto por razões que não se sabe, de ordem política e cultural. Ademais disso, não se pode olvidar que o direito realizado judicativo-decisoriamente, ainda que manifestação do fenômeno jurídico na sua plenitude, não esgota o direito todo, não se podendo descuidar do caudaloso direito em realização, a acontecer ininterruptamente como vivência jurídica nas externalidades do processo. O direito em realização é plural e não monista. Não há um único centro de produção jurídica, em que pese a secular referência estatal. Os cidadãos, mesmo inconscientemente, participam, desde sempre, da produção do direito: vivenciam-no, engendrando novas manifestações de juridicidade e provocando novas decisões sobre cada inevitável conflito emergente da vida em sociedade.

²⁹² “(...) weil ohne Staat kein Recht denkbar ist (...)”. WEYR, Franz. Zum Problem eines einheitlichen Rechts-systems. *Archiv für öffentliches Recht*. Band 23, Heft 4, 1908, pp. 529-580, p. 529.

²⁹³ “Das Spezifische dieses als Staat bezeichneten geistigen Gehaltes ist eben das ser ein System von Normen ist.” KELSEN, Hans. *Allgemeine Staatslehre*, p. 14.

²⁹⁴ A esse respeito, inclusive por conta da homenagem que prestam ao gênio criativo de Adolf MERKL e pela circunstância de figurarem dentro os poucos ensaios publicados no Brasil diretamente referidos à tese da *Stufenbau* tal qual por ele concebida, recomenda-se a leitura de KLINGHOFFER, Hans. A teoria geral do direito administrativo de Adolf Merkl. *Revista Forense*, v. XC, ano XXXIX, fascículo 466, abril de 1942, pp. 632-638. E KLINGHOFFER, Hans. As funções do estado na teoria de Kelsen e Merkl. *Revista Forense*, vol. CXXVII, ano XLVII, fascículo 559, janeiro de 1950, pp. 360-365.

Há que se perceber, no entanto, que em assonância com a tentativa de fenomenologia do direito antes engastada, a pluralidade desses centros de produção do direito, mais propriamente, múltiplas engrenagens da vivência jurídica, não são suficientes para qualificar um pluralismo *jurídico*, tradicionalmente identificável mediante reconhecimento da existência de regras de convivência destituídas de uma comum origem estatal. Mesmo a definição do que seja pluralismo requer releitura, de modo que se direito é *obligatoriedade de decisão* e realiza-se judicativo-decisoramente, de forma preponderante, há que se admitir que o judiciário não detém a exclusividade de sua realização, pois *obligatoriedade de decisão* não se faz equivaler à exigência da intervenção de um *juiz-estatal*. Eventual perplexidade reside aí em, mais uma vez, associar direito e estado e raciocinar-se desde a positividade: não tardará argumento acerca da inconstitucionalidade das práticas decisórias não judiciais. Um pluralismo autenticamente *jurídico* não pode manter o estado como referência, não podendo ser identificado como reconhecimento de ordenações normativas não estatais. É jurídica toda a experiência em que haja mecanismos decisórios exercitados como neutralizadores da conflituosidade social (aparentemente ineliminável). Mister que haja um encarregado de decidir irremediavelmente.²⁹⁵

A racionalidade sistemática, que encontra no modelo piramidal a sua cabal formulação, não parece dar conta da complexidade da vivência jurídica, acentuada pelo rearranjo da teia social presenciado nesse começo de novo milênio, em que se oferecem exemplos de experiências jurídicas não mais apenas nacionais e internacionais, mas inclusive supranacionais, a gerar entrechoques não apenas de diferentes positividades, mas também de jurisdições, relativizando-se desde a faticidade a própria supremacia constitucional, tal qual concebida na estrutura escalonada da ordem jurídica, à medida que aos documentos constitucionais estatais pretendem se sobrepor documentos constitucionais regionais, apresentando-se os primeiros como pretensos últimos bastiões da pirâmide jurídica, que se assiste estremecer.

3. Direito e(m) rede?

²⁹⁵ Hipoteticamente, portanto, não se exclui o *pluralismo jurídico* enquanto possibilidade. Entretanto, mantém-se a afirmação de que a realização plena do direito, contemporaneamente, faz-se judicativo-decisória, ao cabo de um processo judicial.

O modelo piramidal de direito, brevemente dissecado, está associado a uma concepção legalista de direito, isto é, à suposição de uma autoridade superior originária de um germe primevo de juridicidade a partir do qual todo o ordenamento se irradiaria, auto-regulando a sua produção, reprodução e desenvolvimento. Estima-se um encadeamento necessário entre os degraus sucessivos da construção escalonada, ainda que não imediatamente conectados, de modo que só se chegaria à base tendo-se acatado a integralidade das condições normativas unidirecionalmente impostas: de cima para baixo.

Operar um deslocamento de perspectivas que permita falar acerca de uma *passagem* da pirâmide à rede requer uma *ultrassagem*, ou mais propriamente, um giro de percepção. Impõe-se observar e vivenciar a realização do direito e o direito em sua realização a fim de constatar a não necessária, embora possível, conexão entre as diferentes proposições jurídicas e a não vinculação prática das decisões jurisdicionais nem sequer ao documento constitucional, a despeito da difundida instituição de cortes constitucionais a exercer incontestemente influência não apenas sobre os legisladores, que mediante interpretações mais ou menos assentes, antecipam, segundo juízos seus, probabilidades de controle, mas também sobre os juízes das diferentes instâncias, que, por motivos diversificados, podem-se dizer avessos à reformabilidade de suas decisões, tendendo a evitar sua concreção, bem como se faz premente atentar para a não redutibilidade do direito ao estado, a fim de registrar um seu extravasamento e difusão pela teia viva da sociedade,²⁹⁶ na qual encontra-se imiscuído de forma a interpenetrar-se a outros fenômenos em seu incessante acontecer.

A contemporaneidade se faz espantosamente transformadora. Embora talvez nunca se tenha podido falar em mundos distintos (*econômico, jurídico, político ou técnico*) coexistindo na *Gaia*, o nível alcançado pelo entrelaçamento das diversas porções da teia social é de assombrar aos maiores entusiastas de utopias científicas, com informação transmitida ininterruptamente em fluxos intensos e em tempo real, conectando-se virtualmente pontos geograficamente distanciados por milhas e milhas, bem como pessoas desconhecidas, no desempenho de suas funções, num processo de mediação (frequentemente midiática) da realidade, em última análise, de virtualização,

²⁹⁶ “A ‘teia da vida’ é, naturalmente, uma idéia antiga, que tem sido utilizada por poetas, filósofos e místicos ao longo das eras para transmitir o sentido do seu entrelaçamento e de interdependência de todos os fenômenos.” CAPRA, Fritjof. *A teia da vida*. Uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. Tradução de Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Editora Cultrix, 1996, p. 44.

forjada por mensagens de diversificada procedência.²⁹⁷ A geóide formação do planeta azul parece ter sofrido um achatamento.²⁹⁸ Anuncia-se um novo estágio do modo de produção capitalista, associado a um modo de desenvolvimento informacionalista que vem redesenhando a estrutura da sociabilidade humana, tendo se tornado o conhecimento o propulsor central dessa transição: fala-se em uma nova revolução tecnológica, distinta das demais por conta de os investimentos primacialmente serem realizados em *tecnologias para agir sobre a informação* e não em informação para agir sobre as tecnologias. Rompem-se fronteiras e a ateritorialidade da economia e da técnica se choca ao caráter teoricamente territorial da política e do direito, pensados secularmente com referência às organizações estatais. Grandes empresas escolhem e disputam pelos investimentos potencialmente mais lucrativos, afigurando-se as diferentes experiências jurídicas de cada país como possíveis opções, numa espécie de “*magasinage*” (com o perdão do barbarismo-neologizante), em que, sob certo aspecto, os diferentes direitos se tornaram dispositivos, colocados à disposição. Acordos interestatais se celebram em tentativas de enfrentamento, isto é, de se fazer vingar uma *ordem jurídica do mercado* sobre o *alumbrante e temerário mercado das ordens*

²⁹⁷ “Every day of every year, each of us relies on information that is provided by others. Even the most informed people have direct knowledge of only a tiny fraction of the ‘facts’ on which their lives depend. When we choose what to eat and where to go, what to trust and what to fear, we make use of information that is conveyed to us by other human beings. It is hard to overstate the importance of this fact, which is responsible for many of humanity’s greatest errors and largest successes. (...) With respect to the aggregation of information, we are in the midst of a genuine revolution – one that is simultaneously affecting business, governments, and individual lives all over the globe.” SUNSTEIN, Cass R. *Infotopia*. How many minds produce knowledge. New York: Oxford University Press, 2006, pp. VII e 5.

²⁹⁸ Essa a constatação de Thomas L. Friedman, em instigante livro recentemente publicado, anunciando o advento de uma nova etapa na história da globalização, por ele reputada 3.0, caracterizada pelo aplainamento radical do terreno global, sob os auspícios de *softwares* mais e mais ágeis, a possibilitar a conexão de pessoas e empresas de distantes pontos da superfície. “Nunca antes, num campo de golfe, alguém tinha me dito para mirar ‘na Microsoft ou na IBM’. Estávamos no primeiro *tee* do KGA GOLF Club, no centro de Bangalore, sul da Índia, quando o meu parceiro indicou dois edifícios de aço e vidro que reluziam ao longe, atrás do primeiro *green*. Pena que o prédio de Goldman Sachs ainda não estava pronto, senão ele poderia te-lo apontado também e feito uma trinca. Os escritórios da HP e da Texas Instruments ficavam no *back nine*, junto ao décimo buraco. Mas não acabava por aí: as marcações dos *tees* era da Epson (a fabricante de impressoras) e um dos nossos *caddies* estava usando um boné da 3M. Na rua, algumas placas de trânsito também eram patrocinada pela Texas Instruments – e, acima delas, o *outdoor* da Pizza Hut exibia uma *pizza* fumegante e anunciava: ‘*Gigabites* de sabor.’ (...) Colombo provavelmente estava convencido de que a Terra era redonda, o que lhe permitiria chegar à Índia indo para o oeste; enganou-se, porém, no cálculo da distância: para ele, o planeta era uma esfera menor do que na realidade é. (...) Ao embarcar, também eu acreditava que a terra era redonda, mas o que encontrei na verdadeira Índia abalou profundamente minha fé. Colombo foi parar na América por acidente, achando que havia descoberto uma parte da Índia; eu estive na Índia, mas muitas das pessoas que lá conheci mais pareciam americanas (...) Colombo informou seus soberanos de que a Terra era redonda – e entrou para a história como o autor dessa constatação. Quando voltei para casa, compartilhei apenas com a minha esposa a minha descoberta e num sussurro: ‘Querida’, confidencieei. ‘acho que o mundo é plano.’” *O mundo é plano*. Uma breve história do século XXI. FRIEDMAN, Thomas L. Tradução de Cristina Serra S. Duarte. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005, pp. 11; 12 e 13.

jurídicas. A riqueza se torna preponderantemente financeira e parece não haver mais uma *classe* dos detentores do poder econômico, que tanto são os administradores das montadoras japoneses quanto os empreendedores, tornados gênios, da informática norte-americana. Formam-se blocos jurídico-econômicos e o direito se vê impelido a transbordar, a despontar para além das delimitações geopolíticas, discutindo-se mesmo acerca de uma carta constitucional supranacional: uniformidade jurídico-propositiva para uma pluralidade de estados e de territórios. Tudo, de algum modo, se articula de tal maneira que as realidades aparentemente mais desconexas encontram-se, potencialmente, interligadas. Fala-se em uma *sociedade em rede*.²⁹⁹

Diagnósticos assim orientados parecem refletir com fidedignidade o compasso da roda viva desses tempos presentes, em que, mantida heterogeneidade e mesmo radicalizada a fragmentariedade, a tônica parece ser a do total e não da parte; da globalização e da mundialidade. Assumido que direito não é alma errante desencarnada, antes maranhando-se a outras manifestações da vivência humana de maneira indissociável, não passa ao largo dessas agitações redefinidoras dos arranjos da sociabilidade, sofrendo impactos acarretadores de uma sua remodelagem, ou mais propriamente, de questionamentos sobre uma sua dada representação. De fato, inobstante a inegabilidade da afetação do direito pela presente conjuntura histórica, talvez não tenha ela conduzido propriamente à reconfiguração da juridicidade, mas tenha, sobretudo, contribuído para um despertar de compreensão que até aqui teimava em permanecer dormente, qual seja, o de que direito é algo de ilimitável, coisa que os estreitos contornos da pirâmide jamais se prestariam a conter. *Fenômeno humano*, que como tal, é melindroso e não-linear, realizando-se em irrefreáveis ímpetos, ora em micro, ora em macro esferas, dentro e fora de estados. Criatura da história, ela mesma jurídica, reconduzível à vontade dos homens e nunca ao querer de um homem só.

²⁹⁹ “(...) como tendência histórica, as funções e os processos dominantes na era da informação estão cada vez mais organizados em torno de redes. Redes constituem a nova morfologia social de nossas sociedades e a difusão da lógica de redes modifica de forma substancial a operação e os resultados dos processos produtivos e de experiência, poder e cultura. Embora a forma de organização social em redes tenha existido em outros tempos e espaços, o novo paradigma da tecnologia da informação fornece a base material para a sua expansão penetrante em toda a estrutura social. Além disso, eu afirmaria que essa lógica de redes gera uma determinação social em nível mais alto que a dos interesses sociais específicos expressos por meio das redes: o poder dos fluxos é mais importante que os fluxos de poder. A presença na rede ou a ausência dela e a dinâmica de cada rede em relação às outras são fontes cruciais de dominação e transformação de nossa sociedade: uma sociedade que, portanto, podemos apropriadamente chamar de sociedade em rede, caracterizada pela primazia da morfologia social sobre a ação social.” CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. A era da informação: economia, sociedade e cultura. V. 1. Tradução de Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 565.

Pensar reticularmente o direito requer um esforço no elevar a cabeça ao total.³⁰⁰ Não se trata de dizer que é a rede o modelo mais adequado à descrição do acontecer jurídico, que com mais acerto de avanço se vivencia e não se tenta sistematizar, e tampouco de se registrar uma fática passagem da pirâmide à rede, enquanto emergência de um novo *paradigma*, cujo anúncio da cunhagem sempre deve-se fazer rondar pela desconfiança e pelo vigilante questionamento acerca do proveito de se imaginar o real submetido a esquemas de formulação das sempre mesmas perguntas e respostas, num quase-claustro do espírito.³⁰¹ O fenômeno jurídico hodierno não é uma *rede* e nem outrora fora *pirâmide*, que não são senão *metáforas* e que como tais hão de ser aproveitadas até o ponto em que possam ser apropriadas como aproximações verossímeis da, na sua integralidade indecifrável, estrutura e do funcionamento do direito. Aproximações jamais totalizantes e às quais não se pode pretender escravizar o a indomável vivência jurídica, de modo que, ao contrário do que se passava nas teorizações aspirantes à pureza, em sendo contraditado o modelo teórico que se maneja pela vivacidade do real, não é aconselhável deixar que esta última “pague o pato”.

A *pirâmide jurídica* é limitante. Opera a partir da noção de limite e traduz a preocupação em definir, isto é, divisar aquilo que *é* daquilo que *não-é*, *ser* e *não-ser* ou, juridicamente, *dever-ser* e *ser*, isto é, o válido e o inválido. Numa dimensionalidade geométrica procura esgotar o direito. Para além dos pontos que lhe marcam os vértices,

³⁰⁰ Embora não se esteja a rechaçar pejorativamente o modelo piramidal, cuja emergência há de ser compreendida à luz da historicidade de um momento específico, reconhece-se, aqui, a antipatia inerente ao caminho que se opta por seguir, à medida que o que se está a sugerir é que não somente o *novo*, isto é, a articulação dos estados e dos direitos em rede, numa conjuntura de globalização, é que escapa à pirâmide, com isso, de certo modo, pretendendo-se fazer despertar a percepção de que durante muito tempo a ciência jurídica, embora soubesse demais e estivesse entre às mãos de homens verdadeiramente geniais, viu errado. “A noção de direito como ordenação deve ser desconsiderada, na medida em que não condiz com o que efetivamente ocorre, pois, na realidade, sua construção não é necessariamente ordenada. A observação da vivência jurídica demonstra a conformação do direito quejando um emaranhado de disposições desarranjadas e não orientadas para a constituição de um sistema, semelhando a uma verdadeira laúza. Logo, em sua formação, não se vislumbra um conjunto relacionado por um princípio unificador, mas uma mixórdia caótica, cuja funcionalidade se conecta ao ineludível ofício judicante”. CASTRO, Osvaldo de. *A obrigatoriedade da decisão jurídica*, p. 52.

³⁰¹ “Disons-le d’emblée: tout mon apprentissage de la vie scientifique depuis un demi-siècle – m’a convaincu de ne jamais penser en termes de parages, si ce n’est celui de l’immense relativité de tout savoir et de la nécessité de sans cesse le remettre en question. (...) En effet, le paradigme – en tant que conception théorique dominante qui a cours à une certaine époque dans une communauté scientifique – est une telle source de reproduction de l’ordre établi, de conformisme à l’égard du ‘scientifiquement correct’, de fermeture des esprits, que je préfère essayer de m’en passer plutôt que d’y succomber.” VANDERLINDEN, Jacques. Réseaux, pyramide et pluralisme ou regards sur l’arène de deux aspirants-paradigmes de la science juridique. *Revue interdisciplinaire d’études juridiques*. n. 49, 2002, pp. 11-36, pp. 17-18.

inexiste juridicidade.³⁰² Lá está o *não-direito*, ao qual a faraônica imagem, robusta e pesada, tendo dificuldades em lidar, dispensa a indiferença. É retrato que paralisa e embora admita movimento esse se revela programado, somente se apresentando a ela reconhecível enquanto lhe é interior: o unidirecional caminho das proposições fundando uma a válida existência da outra na eterna suposição de que na vivência jurídica haja “direito à *replay*”.³⁰³ Essa pirâmide, ao intentar divisar o que é daquilo que não-é, descuida a essencialidade do direito que em hipótese alguma *é* senão *sendo*.

Rede é figura que, nesse jogo de idéias, emerge como rica para se pensar o direito em seu *acontecer*, não mais em repouso no mausoléu dos soberanos e nem monopolizável pela autoridade de quaisquer desses, antes pelo contrário, um direito que desborda fronteiras, dasenraizando-se de específicos territórios e que não se restringe à estatalidade, assim como um direito que não se sujeita a condicionantes metódicos e que talentosamente têm escapado às incontáveis empreitas de sistematizá-lo. Enfim, um direito que é constante *ultrapassagem* e cujo confronto, por conta do horror ao efêmero que tem nutrido a cientificidade dos tempos presentes, sempre às voltas na busca pela permanência, faz surgir *perplexidade*.

Trata-se de chave conceitual possível para se pensar um direito que tem se demonstrado dia após dia mais turbulento, não porque esteja sempre um passo atrás da faticidade social, ainda que se coloque constantemente em movimento, como diagnosticou Mario G. LOSANO, mas turbulento porque se espraia e integra-se em uma sociedade cada vez mais engenhosa em que pululam entrechoques de vitais interesses, conduzindo a soluções drásticas implicantes de escolhas difíceis no intuito de amainar a conflituosidade, as quais estão fadadas a jamais conseguir eliminá-la por inteiro. Mais do que nunca, cada tentativa de redução de complexidade parece ser desta novo gerador. A rede parece responder de forma mais adequada àquela flexibilidade requerida à cientificidade de um direito infenso aos grilhões conceituais e metódicos, podendo, quiçá, os juristas aprenderem com a astúcia da flexibilidade reticular, que sendo uma trama de nós e liames é também, simultaneamente, vazio, numa conformação que lhe

³⁰² “Une telle image du système juridique tend à décrire la concentration de tout pouvoir législatif entre les mains d’un petit groupe comme le schéma normal et nécessaire, et toutes les exceptions à cet état de choses comme pathologiques.” WOODMAN, Gordon. Observations sur les limites de la métaphore. *Revue interdisciplinaire d’études juridiques*. N. 49, 2002, pp. 37-48, p. 45.

³⁰³ “Curioso que la gente crea que tender una cama es exactamente lo mismo que tender una cama, que dar la mano es siempre lo mismo que dar la mano, que abrir una lata de sardinas es abrir al infinito la misma lata de sardinas.” CORTAZAR, Julio. *Las armas secretas*. 1959, primeiro parágrafo.

permite melhor lidar com ambigüidades, tensões e paraxodos, que se inscrevem a ferro nas entranhas da vivência jurídica.³⁰⁴

*Rede*³⁰⁵ é entrecruzamento de nós mediante linhas não necessariamente unilineares, à medida que não há uma única estruturação reticular imaginável, sequer havendo um padrão de distanciamento entre os distintos pontos, cujo afastamento se anula na interconexão promovida pelos laços que os atam. Nela não há pontos privilegiados, à medida que sua inexaurível construção se opera horizontalmente, mediante acréscimos de nós e interconexões, internamente aos pontos já atados ou numa expansão para além dos sempre meleáveis contornos externos, em que pese a presença dos vãos permaneça constantemente a fazer interpelar a lembrança da inevitável existência de realidades ainda não abarcadas, desplugadas da rede. Se a pirâmide é limitante a rede sugere ilimitação, isto é, extensibilidade em processo contínuo, por conta da plasticidade conferida pela sempre possível costura de novos pontos.³⁰⁶ Afigura-se, ademais, como espécie de espacialidade não territorial, despreendida das fronteiras e marcos geopolíticos. É espaço, entretanto, pensa-se-a como esboroar da territorialidade, em que essa, na sua relevância, cessa de existir e se reduz a zero.³⁰⁷

Por conta desses atributos é que a rede tem sido juridicamente pensada como modelo adequado para refletir o transbordamento do direito para além dos limites dos

³⁰⁴ “Recordemos essa fábula em que, obedecendo aos preceitos do rei, a moça demandada a vir diante dele simultaneamente vestida e nua se vestiu *de rede*. Belíssima imagem. Perante o poder, e o direito do poder, perante o direito identificado com o poder por Kelsen, a resposta é semelhante à da moça perante o rei – que ao mesmo poder representava (ou consubstanciava – não curemos agora desse ponto.” FERREIRA DA CUNHA, Paulo. Direito à informação ou deveres de proteção informativa do Estado? In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais, informática e comunicação*. Algumas aproximações. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp. 155-178, p. 159.

³⁰⁵ Convém proceder a uma *estipulação* daquela rede que se imagina quando aqui se está a dela tratar como modo possível de aproximação dos arranjos contemporâneos do fenômeno jurídico. “Le réseau devient (...) une de ces notions fétiches qu’on invoque pour s’adapter au vocabulaire dominant mais qui peut connoter des réalités différentes. (...) Le réseau est d’abord un espace dans lequel des ‘points’ sont le support d’éléments mis en relation. Sans points il n’y a pas de réseau mais l’agencement spécifique de ces points doit produire des rapports entre ‘éléments’ spécifiques autorisant ainsi à distinguer entre tel type de réseau.” LE ROY, Etienne. Les représentations d’espace et la structure ‘atomique’ du réseau dans les pratiques de la transmodernité. *Revue interdisciplinaire d’études juridiques*. N. 49, 2002, pp. 49-66, p. 54.

³⁰⁶ “(...) le réseau est parfois compris comme permettant le maximum de liberté dans un ensemble social aux contours mal définis, sans stabilité dans le temps et étant le contraire de toute structure organisée.” BAKIS, Henry. *Les réseaux et leurs enjeux sociaux*. Paris: PUF, 1993, p. 5.

³⁰⁷ “Pour Henri Mendras, l’un des caractères essentiels du réseau est qu’il est l’antithèse du territoire et de la frontière. (...) Le réseau, bien loin d’être une nouvelle dimension de la spatialité, sera, au contraire, le modèle (oserais-je dire le paradigme?) de l’a-spatialité ou, à tout le moins, de la limite de l’espace, celle ou celui-ci serait égal à zéro et cesserait donc d’exister.” VANDERLINDEN, Jacques. *Réseaux, pyramide et pluralisme ou regards sur l’ rencontre de deux aspirants-paradigmes de la science juridique*, p. 15.

estados nacionais, de que a construção jurídica européia é emblemático exemplo,³⁰⁸ permitindo avistar uma rede de *experiências jurídicas* correspondente ao reticular arranjo dos estados agregados em comunidades (preponderantemente) econômicas de países.³⁰⁹ Trata-se de reconhecer o extravasamento do direito, que embora somente possa ser o de um situado tempo, não necessariamente se atrela a um específico lugar, em que pese sofrendo inevitáveis variações diatópicas, não mais se podendo pensá-lo como *nomos da terra*,³¹⁰ isto é, enquanto distribuição de territórios numa imprescindível ordenação do espaço condicionante de sua visibilidade e consubstanciadora de unidade inscindível entre terra, povo e juridicidade.³¹¹ Direito não vinculado a um território era, ali, algo de insensato. Mais que elemento do estado a terra é seu fundamento constitutivo. A ocupação da terra instaura a ordem, determinada e localizada, com a qual se identifica o direito, numa interpretação que não se pode mais sustentar. É como se o direito, interpelado pela técnica e pela economia, com as respectivas vocações para a des-limitação, se visse, coevamente, compelido a também ele desbordar, ultrapassando as bitolas estatais e irradiando-se reticularmente, alheio às referências territoriais,³¹²

³⁰⁸ “Avec elle, on perçoit que l’État n’est plus la seule instance publique d’intégration, que le territoire n’est pas le seul espace politiquement pertinent, que la citoyenneté nationale peut composer avec d’autres citoyennetés, que les hiérarchies normatives peuvent s’alterner et enchevêtrer, que la souveraineté peut être relative sans disparaître pour autant, que l’autonomie, enfin, peut se concilier avec l’interdépendence. Autant d’hybridations révélatrices de l’émergence de nouvelles manières de dire le droit et de décliner l’identité politique.” OST, François e KERCHOVE, Michel Van de. *De la pyramide au réseau. Vers un nouveau mode de production du droit?* Introduction, p. 25.

³⁰⁹ A esse respeito, consultar MALISKA, Marcos Augusto. *Estado e século XXI: a integração supranacional sob a ótica do direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 240 p

³¹⁰ SCHMITT, Carl. *Le nomos de la terre - dans le droit des gens du Jus publicum europaeum*. Paris: PUF, 2001.

³¹¹ “O espaço não é mais o lugar originário e constitutivo, mas o simples campo de vigência de uma norma, o âmbito (diria Hans Kelsen) de validade geográfica do direito. Âmbito, arbitrário e artificial, decidido e estabelecido pela vontade humana. O alto grau de artificialidade, ao reduzir o direito fraterno à essência da tecno-economia, restaura a co-extensão entre política, direito e economia. (...) A política que não queira se dobrar à vontade de lucro e oferecer as ordens jurídicas ao cálculo de vantagem ou desvantagem das empresas (...) precisa de uma profunda consciência da artificialidade jurídica, de vontade capaz de estabelecer o espaço aplicativo do direito.” IRTI, Natalino. *Geo-direito*. Tradução de Alfredo Copetti Neto e Alfredo Karam Trindade. 10 p., p. 9. (*mimeo*). “O espaço jurídico adquire uma projeção imaterial ou, para dizer melhor, o território não é mais seu objeto necessário: seu objeto é o variado e complexo ajustar-se do tecido das relações entre homens segundo o variado e complexo organizar-se da sociedade.” GROSSI, Paolo. *Primeira lição sobre o direito*, pp. 65-66.

³¹² “I fenomeni, che oggi si riassumono sotto il nome di ‘globalizzazione’, sono il punto più maturo di questo *processo deterritorializzante*. Vi concorrono almeno tre fattori. In primo luogo, l’unificazione della scienza e della tecnica: scoperte, invenzioni, applicazioni non appartengono più a questo od a quel paese, ma alle singole discipline del sapere. (...) ‘dovunque’: in ogni luogo, da per tutto (almeno nel mondo occidentale), i risultati teorici ed applicativi della scienza appartengono a tutti. Il secondo fattore é nell’espansione planetaria di economia e finanza: *i mercati* non sono veri e determinati luoghi, ma spazi astratti, puri ambiti di scambio e di profitto. Alla definita territorialità degli Stati (ossia, alle sfere antiche della politica e del diritto) si contrapone l’aperta *spazialità* dei mercati. Non a caso i trattati europei mirano a creare uno ‘spazio senza frontiere interne’: formula illuminante che indica, non un territorio più vasto e esteso, ma un ‘spazio’ transterritoriale, un non-luogo dello scambio e della moneta unica. (...) E

realizando-se judicativo-decisoriamente no solucionar de questões transnacionais, envolvendo, com frequência, positivities múltiplas, sujeitos estrangeiros entre si e com relação ao foro competente, e mesmo requerentes de cooperação entre geograficamente distantes órgãos jurisdicionais, conectados, entretanto, pelos laços da rede em que se encontram engendrados, inclusive por conta da *obrigatoriedade da decisão*, vez que quer se encontre uma das partes em Roma e a outra em Dubai, quer haja dúvidas quanto às proposições possivelmente incidentes sobre a questão, ou mesmo eventual necessidade de tradução de documentos cujo idioma pelo julgador não se faz conhecer, uma vez ajuizada a demanda, não poderá ser denegado o direito e, de modo algum, poder-se-á obstaculizar a sua realização mediante a prolação da norma de decisão.

Pensar em uma rede jurídica sob esse aspecto, isto é, desde a dimensão da espacialidade, exige um abandono da referência obrigatória ao território na reflexão do fenômeno jurídico,³¹³ num desenraizamento que se reconhece doloroso, à medida que requer a ultrapassagem daquela já arraigada concepção identificadora de direito e estado. Mister, portanto, ultrapassar uma clássica perspectiva de análise do fenômeno jurídico, aquela do estado enquanto território determinado, o que, por representar novidade analítica, ensejada pelas transformações do real, causa perplexidade, à medida que demanda a assunção de experiências jurídicas além e aquém do estado, desvinculadas do *local*. E não se trata aqui de avistar na existência de proposições jurídicas emanadas de plúrimas fontes, numa descentralização da produção jurídica, a

qui interviene il terzo fattore: l'egemonia di mercato, stabilitasi dopo il crollo del socialismo reale. L'unificazione ideologica del mondo spiega l'unificazione tecnica ed economica, ed a sua volta ne viene spiegata. Spento il conflitto, l'ideologia vincitrice há preso veste di oggettiva e neutrale verità (...) Nessuno di noi è ormai chiamato a prender posizione perchè no c'è piú conflitto tra ideologie nemiche." IRTI, Natalino. *Geo-diritto*, pp. 464-465. Essa globalização desterritorializante de que fala IRTI é apresentada como vetor de *reticularização*, em Paulo Ferreira da CUNHA, ao lado do progresso técnico e da emancipação mental. "No nosso tempo, a globalização – fenômeno planetário independente dos Estados que, enuanto aparelhos, reivindicam e vão exercendo poderes (em geral, cada vez menos soberanamente) – vai democratizando as esperanças e as aspirações, e o capital, neste caso muito felizmente, 'sem pátria', na sua sede de conquista de mercados, vai clicando à disposição de mais e mais pessoas, em mais e mais pontos do globo, aquilo a que, de forma paternalista, a Constituição Portuguesa do 'Estado Novo' chamava os 'benefícios da civilização': ou seja, o progresso técnico e as comodidades quotidianas dele decorrentes (...) A tal vai ajudando o desencantamento do mundo, a maioridade ou pelo menos o sonho de emancipação que Kant viu nas Luzes (...)." *Direito à informação ou deveres de proteção informativa do Estado?*, p. 162.

³¹³ O *hiperespaço*, virtualmente concebido, enquanto referencia dimensional da *rede mundial de computadores*, já é uma realidade e, inclusive, uma realidade jurídica à medida que se põe a redesenhar a configuração espacial, em desconsideração dos tradicionais esquemas de organização judiciária territorial, por exemplo. Basta pensar no procedimento da *penhora on line*, que permite bloquear valores de conta corrente de réu situada em banco bahiano, por conta de determinação da Tribunal Regional do Trabalho de Curitiba, no Paraná, de forma imediata e sendo desnecessária a expedição de carta precatória.

contraprova da reticularidade do direito e a brecha originária da infiltração corrosiva da pirâmide estatal. Se se quiser procurar pelo direito em sua especificidade, não será vasculhando por leis que se irá encontrá-lo, mas sim procurando por juízes, isto é, por terceiros encarregados do inafastável afazer de decidir sobre os conflitos que até eles são trazidos. Não necessariamente buscando por juízes togados, mas propriamente procurando pelo *outro*, pelo terceiro julgador que terá de intervir compulsoriamente para a dissuasão dos litígios. Uma rede jurídica está, no mínimo, a exigir a possível sujeição a múltiplas “jurisdições”, à medida que o que distingue o direito enquanto tal é a *inevitabilidade de decisão*. Com mais acerto, trata-se de identificar a possibilidade de sujeição a plurais instâncias decisórias, sejam elas representadas por árbitros (desde que compelidos a decidir) ou juizes estatais.

A articulação em rede, à medida que sugere a anulação da territorialidade, isto é, sua redução a zero, permite pensar a virtualização do espaço, a fim de se encarar uma sua dimensão que vem sendo referida por *hiper* ou *cyberespaço*, avultando a *Internet* como processo destacado na redução dos afastamentos, enquanto potencial expansão de horizontes de cada *eu-sozinho*, ao permitir, por exemplo, acesso imediato aos maiores centros de documentação do planeta, colocados à disposição, no monitor de qualquer pessoa não *expert* em informática, por conta de simples deslizar e clicar de um *mouse*. A geometria euclidiana se vê, aos poucos desmentida: a menor distância entre dois pontos não parece ser uma reta, mas sim, uma rede.

Apresenta-se ela como estrela polar dentre os recentes fenômenos de inovação da tecnologia de informações, rede de redes a conectar outrora distantes pontos do globo, forjando uma dimensionalidade espacial em que inexistem fronteiras. Ademais, coloca-se como fontes de imensos novos desafios às tramas da juridicidade, que se vê impelida a lidar com riscos e perigos engendrados e potencializados pela rede mundial de computadores, não apenas a permitir fluxos de informação lícita, mas também a possibilitar maior agilidade na prática de ilicitudes, vez que a um só tempo relacionam-se pesquisadores num intercambio de boas novas científicas, mas também *mafiosos* e outras sortes de pessoas empenhadas no cometimento de atentados contras bens e interesses juridicamente protegidos. Um adequado enfrentamento desses problemas, quer parecer, requer um desapego à racionalidade piramidal, que não tardará a ensejar confrontos irresolúveis entre diferentes legislações, documentos constitucionais e

soberanias, a fim de um adequar-se da realização do direito as sempre cambiantes circunstâncias históricas.³¹⁴

Não é, entretanto, somente um *direito transbordante*, isto é, o extravasamento da juridicidade com referência às demarcações humanas dos territórios, de ordem geopolítica, que a rede propicia pensar abertamente. Também se consegue a partir dela projetar numa imagem conhecida um direito que não se deixa conhecer, de forma plena, por método algum e que desfaz em dispersão aquilo que mediante artificiosas forjas sistêmicas insiste-se em, sob a batuta de delirantes princípios unificadores, tentar ordenar. A indomabilidade jurídica desvia em ricochetes as pretensões de retidão de análise que sobre o direito pretendem se exercitar, à medida que a demasiada humanidade do direito, expressão da vida social, mina as bases dos portentosos castelos que sobre sua arenosa superfície intentam-se erigir e sobre a qual somente enquanto miragens, avistáveis em devaneios reticentes em encarar a nudeza da vivência jurídica, podem resistir.³¹⁵

Direito e pretensões de correção, sobretudo metódicas, não podem conviver pacificamente, à medida que a variabilidade do primeiro, a movimentar-se de forma desordenada e contingente, em trajetórias não delimitáveis e suscetíveis de desvios indizíveis por conta de uma miríade de fatores, sutis ou extravagantes, colide frontalmente com os impulsos analíticos ansiosos por certeza e segurança dos métodos cientificizantes, aos quais fenômeno “mutuante” da mutabilidade humana e da imprevisibilidade das conseqüências das decisões dos homens jamais poderá atender, num impacto sempre destrutivo para as científicidades que se auto-imaginam escuras.

³¹⁴ “Internet implica, por tanto, el riesgo de un efecto multiplicador de los atentados contra derechos, bienes e intereses jurídicos (...) El carácter internacional e ilimitado de esas conductas hace más difícil su descubrimiento, prevención y castigo, ya que incluso en los casos en que puedan ser detectados pueden plantearse conflictos sobre la jurisdicción sancionadora competente. Existe una evidente dificultad para determinar la responsabilidad jurídica en un medio, como el de Internet, en el que existen diferentes operadores que concurren en la cadena de comunicaciones: el proveedor de la red, el proveedor de acceso, el proveedor de servicio y el proveedor de contenidos. Este problematismo se agudiza cuando los diferentes elementos de la cadena se hallan en países distintos con legislaciones, a su vez, diferentes. (...) Internet plantea una preocupante paradoja, que deriva de su eficacia global e limitada para atentar contra bienes y derechos, mientras que la capacidad de respuesta jurídica se halla fraccionada por las fronteras nacionales.” PÉREZ LUÑO, Enrique Antonio. Las libertades en la era de internet. In: Vários autores. *El derecho en red*. Estudos em Homenaje al profesor Mario G. Losano. Madrid: Editorial Dykinson, 2006, pp. 365-400, p. 371.

³¹⁵ “Le droit est trop humain pour prétendre à l’absolu de la ligne droite. Sinueux, capricieux, incertain, tel il nous apparut – dormant et s’éclipsant, changeant mais au hasard, et souvent refusant le changement attendu, imprévisible par le bon sens comme par l’absurdité. (...) Il faut, pour bien l’aimer, commencer par le mettre à nu. Sa rigueur, il ne l’avait que par affectation ou imposture.” CARBONNIER, Jean. *Flexible droit*, p. 6.

Talvez haja ganho em se imaginar a ciência, sob esse aspecto, como reflexão noturna, tal qual a coruja de Minerva, a esvoaçar pelo breu misterioso do acontecer jurídico num elocubrar que sói se engastar *post-factum*, entretanto, premente é perceber, mesmo na dialeticidade possível de se identificar nesse alçar vôo das empreitas científicas, que se faz ao término de um dia, mas renunciando a aurora subsequente, que as teorizações de diversos matizes se constroem *antes* da faticidade, no sentido de se internalizar no espírito a fatalidade da *ultrapassagem* das hipóteses pelos eventos. Eis aí uma inexorabilidade, a de que sempre escapará muita coisa às teorias.

A rede, quer parecer, permite com isso lidar e desde a partida propicia fazer assumir o pesquisador a falibilidade, tributo à humanidade pago por toda idéia que se pretende fazer encarnar, de suas mais engenhosas empreitas no garimpo da realidade jurídica, que somente poderá operar mediante recortes e aproximações, vez que direito é rica experiência que não se deixa por completo lapidar, permanecendo sempre muito em estado bruto. Eis que para além dos nós e entrelaços, há na rede vãos, tal qual para além da tipicidade formal do direito, revelável nas assim chamadas fontes jurídicas, há direito entranhado no social, nas suas mais recônditas profundezas, inalcançável pelo conhecimento, mas em ininterrupto acontecer. Há mais coisas entre céu e terra. Eis o direito em rede e, paradoxalmente, fora dela, não somente aquele que se evidencia a partir dos nós de ligação, mas também aquele que a estes não se encontra atado e aos quais, talvez, sequer seja atável, por escapar-lhes.

De modo algum se reduz o direito à positividade, produto essa de decisões, preponderantemente de cunho político, mais ou menos determinadas pelo influxo de acontecimentos e interesses num pontual momento histórico não necessariamente condizente com a marcha habitual das coisas num dado contexto, podendo-se imaginar a legislação de proposições aberrantemente contra-fáticas, e com frequência em defasagem com relação a anseios certo modo generalizados, apresentando-se como ulteriores formalizações de uma materialidade há muito existente e continuamente realizada nas redondezas do direito positivo,³¹⁶ que pelo direito em realização, de que também é para, mas o qual não esgota, é fragorosamente, dia após dia, ultrapassado. É

³¹⁶ Algo que pode ser traduzido pela seguinte frase, atribuída a ERACLIO ZEPEDA: “Quando as águas da enchente derrubam as casas, e o rio transborda arrasando tudo, quer dizer que há muitos dias começou a chover na serra, ainda que não nos déssemos conta.”

como se a positividade não viesse senão a cavalo, caroneira na avassaladora força motriz da faticidade social.³¹⁷

Pode-se dizer que o direito está na rede, na teia viva da sociedade, e tende a se articular e arranjar reticularmente, “linkando” os designados ramos jurídicos bem como informações provenientes de distintos campos do saber, à medida que questões civis se entrelaçam a deslindes na esfera penal, por exemplo, e que todo o direito se faz, certo modo constitucional, bem como cada vez mais são chamados os juízes a decidir sobre pendengas exigentes de pensamentos transdisciplinares, como em eventuais erros médicos, nas batalhas judiciais em torno dos softwares livres ou mesmo em questões ambientais atinentes à reparação de danos decorrentes de vazamento de petróleo, numa enumeração meramente ilustrativa, o que se processa de forma não necessariamente ordenada e unitária, vez que serão os cambiantes condicionamentos históricos, impassíveis de serem subestimados, aqueles que determinarão a exigência de resposta jurisdicional acerca desse ou daquele conflito.

Por entre os vãos da rede, muita da faticidade social, também ela consubstanciadora de um direito em realização, se deixa passar, devendo-se, entretanto, atentar para que não tardará ela a esbarrar em novas tramas da rede, em constante refazimento, isto é, remodelagem. Convém pensar, nessa elasticidade, a oscilação entre um direito e um não-direito, o qual não se pode descrever de forma absoluta quando se têm em consideração os inexpugnáveis atritos inerentes à vida humana em sociedade, de modo que esse não-direito de que muito têm falado os autores de diferentes inclinações³¹⁸, se se assume a indeclinabilidade da decisão jurídica como invariante ôntico do direito e como postulado operativo passível de radicar na base de uma

³¹⁷ “Quant aux habilitations juridiques formelles, si elles n’ont pas accompagné le mouvement, elles feront l’objet d’une régularisation a posteriori (...)” OST, François e KERCHOVE, Michel van de. *De la pyramide au réseau ? Vers un nouveau mode de production du droit ?* Introduction, p. 22.

³¹⁸ “Desde el descubrimiento del no poder vivir en algun nivel (como mujer em el patriarcalismo, como raza no blanca em el mundo dominado por los ‘blancos’, etc.) la víctima excluída de la satisfacción en el ‘sistema de las necesidades’ vigentes (positivas) descubre también el no-derecho en cumplimiento de esas necesidades (negatividade). Desde la ‘negatividad material’ (para expresarnos com Horkheimer) se descubre igualmente la ‘negatividad formal’ o del derecho. La comunidad de las víctimas – entre ellos los Nuevos Movimientos Sociales tales como el feminismo, el ecologismo, etc.; y los antiguos Movimientos Sociales como los sindicatos obreros, Movimientos Políticos como los de los países postcoloniales, los Movimientos culturales de las grandes civilizaciones negadas por el proceso de globalización, etc. – toma progresivamente conciencia de la no existencia institucional de ciertos derechos que començam a bosquejarse como posibles em la praxis emancipatoria misma. La *transformacion* del sistema del derecho (negación de la positividad) es posible así historicamente en los momentos en que los sujetos excluídos, oprimidos, o simplemente las víctimas, al alcanzar la madurez suficiente pasan de objetos dominados a sujetos, subjetivación que los hace aparecer en la historia como *actores* de movimientos sociales transformativos (a veces revolucionarios).” DUSSEL, Enrique. *Hacia una filosofía política crítica*. Bilbao: Editorial Desclee de Brouwer, 2001, pp. 165-166.

cientificidade flexível do direito, não se pode definir como *ausência de direito*,³¹⁹ somente podendo-se referir, coerentemente com o até aqui desenvolvido, àquilo que até o momento considerado não fora realizado como direito concretamente, pela via judicativo-decisória. A rede fornece subsídios para pensá-la, essa passagem de não-direito a direito, como desajuste momentâneo entre aquilo que *é*, *sendo* parte integrante do entrecruzamento de nós, e aquilo que *não-está* apanhado reticularmente num determinado instante.³²⁰ A cada decisão, sentença transitada em julgado, algo de novo, de não pronunciado, ainda que na concretude do processo ao cabo do qual emergiu tenha se revelado provável, intergra-se à rede jurídica, nela se dispersando e marcando ponto na vivência dos indivíduos de perto no conflito em causa envolvidos, podendo inclusive, conforme maior ou menor força atratora, consubstanciar-se um precedente a servir de referência possível a posteriores julgados, embora tal não se apresente como fatalidade.

Ao direito pleno não se pode reivindicar uma ubiqüidade divina. Os *homo sapiens sapiens*, embora *homo juridicus*,³²¹ não está em condições de a tudo juridicizar, isto é, de fazer realizar-se toda a sua vivência em concretas decisões jurídicas.³²² Malgrado isto, o direito tem, sim, vocação para tudo juridicizar, o que não significa dizer que tudo que é humano seja direito. Como fenômeno humano, cultural e eticamente determinado que é, o direito traz consigo a chaga da temporalidade. Aquilo que se realiza plenamente como direito só em dado contexto, isto é, no âmbito de cada experiência jurídica concreta, poderá ser discutido, havendo nessa avaliação que se

³¹⁹ “Le non-droit, s’il faut en donner une première approximation, est l’absence du droit dans un certain nombre de rapports humains où le droit aurait eu vocation théorique à être présent.” CARBONNIER, Jean. L’hypothèse du non-droit. *Archives de philosophie du droit*, n. 8, 1963, pp. 55-74, p. 55.

³²⁰ “Redes são estruturas abertas capazes de expandir de forma ilimitada, integrando novos nós desde que consigam comunicar-se dentro da rede (...) suscetível de inovação sem ameaças ao seu equilíbrio.” CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*, p. 566.

³²¹ “Es sabido que los economistas han trazado una figura hipotética del *homo economicus* para expresar plásticamente los teoremas fundamentales de su ciencia: a saber, imaginando un hombre determinado de modo exclusivo en todas sus acciones por el móvil del interes económico. (...) No es (...) inútil inquirir si nosotros podríamos configurar también una imagen del *homo juridicus*, y cuáles serían precisamente sus contornos y su significado.” DEL VECCHIO, Giorgio. El ‘homo juridicus’ y la insuficiencia del derecho como regla de la vida. In: DEL VECCHIO, Giorgio. *Derecho y vida*. Tradução de Estaquio Galán y Gutiérrez. Barcelona: BOSCH, 1942, pp. 69-98, p. 69.

³²² Inclusive por conta da não continuidade absoluta da possibilidade de realização judicativo-decisória do direito, no que diz respeito ao calendário forense, por exemplo, que numa modulação artificiosa do tempo determina a existência de dias de não direito, o que, ressalte-se, não é novidade da modernidade jurídica, bastando recordar a identificação romana dos dias *nefastos*. “Primitivamente, não se podia exercer a jurisdição contenciosa nos *dias nefastos* (isto é, os consagrados às festas religiosas pagãs), mas apenas nos *dias fastos*, sendo certo porém, que o calendário consignava inúmeros dias que não eram propriamente *nefastos*, mas que a jurisdição contenciosa somente podia ser exercida em certas horas.” ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. V.1. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 191.

considerar inevitáveis ingerências, como o caráter conservador de larga porção da classe dos juristas, frequentemente infensos a julgar procedentes feitos atinentes a realidades dissonantes da positividade, que ainda se supõe refletir uma moralidade média, a exemplo, nesses tempos presentes, do reacionarismo face às uniões homoafetivas.

Novamente, sobreleva ter presentes aquelas notas que caracterizam possíveis permanências do fenômeno jurídico, ao incio desse texto apontadas, a fim de não se pretender atribuir uma universalidade à figura da rede, que uma vez pensada como jurídica, isto é, como aproximação para se pensar o direito, há de ser pluralizada, a fim de se estampar a diversidade de arranjos assumíveis pelas diferentes experiências jurídicas, quer no trato sucessivo do tempo, quer na diversidade das culturas humanas que as vivenciam, que não obstante conectadas, não podem ser desprezadas em suas nuances. Se direito só existe no tempo e, com propriedade, é ele mesmo temporalidade irreversível, irrefreável tal qual flecha disparada, embora sujeito a algumas manobras mais ou menos artificiosas, há que se pensá-lo à luz das condicionantes históricas conjunturais, não se podendo contar com o luxo da repetibilidade, fazendo-se mister desdobrar os problemas jurídicos a partir de sua especificidade, resistindo às sedutoras generalizações. Há redes e não rede e é dessa flexibilidade que o pensamento jurídico há de se beneficiar, ora imaginando uma reticular estruturação espacial do direito, ora ilustrando a falibilidade das empreitas teóricas ante a incessante e frenética mutabilidade do fenômeno jurídico, num adaptar, montando e desmontando, os modelos à realidade e não pretendo a eles escravizá-la.

Os elos entre os diversos pontos da rede representam caminhos percorríveis, possíveis de serem trilhados, não destinos necessários. A interconexão dependerá da engrenagem motriz do direito em realização, não apenas a requerer cooperação entre órgãos jurisdicionais situados em distantes lugares, mas também a fazer surgir conflitos que irão implicar concorrência de instâncias decisórias. Mesmo os direitos estatais, na sua positividade, podem ser reticularmente pensados. Os diversos diplomas legais representam critérios acessíveis aos órgãos julgadores, cuja vinculação aqueles, embora desejável no seio do propalado Estado Democrático, não se consubstancia juridicamente, à medida que não há obrigatoriedade de uma decisão amparada em proposição jurídica qualquer ou, especificamente, em texto de lei, não decorrendo a deflagração de uma sanção para eventual juízo decisório *contra legem*. Mesmo o escalonamento das proposições jurídicas, cerne da teoria do ordenamento jurídico, inexistia anteriormente à constitutiva decisão judicial, que poderá ou não proceder à

hierarquização propositiva, em conformidade com o entendimento do julgador. As proposições jurídicas podem ser pensadas como nós de uma rede mais ampla, passíveis de serem concretamente conectadas, mas não necessariamente atreladas na prática, na concretude da vivência jurídica, não obstante operem umas com referência às outras (a Lei de Introdução ao Código Civil, por exemplo, apresentando-se como suposta *norma normarum*, intencionando funcionar como parâmetro interpretativo com relação às demais regras positivas e a serem positivadas – também ela, não é despidendo lembrar, sujeita à interpretações). Cada proposição jurídica tem vigor idêntico às demais, inclusive aquelas potencialmente inconstitucionais, pois não se conhece experiência jurídica em que se tenha por uso o de não acatar, na cotidianidade, proposições cuja inconstitucionalidade tenha sido apenas extrajudicialmente aventada. É a singular decisão de cada tribunal que realiza ou não um virtual escalonamento normativo ao construir, numa norma de decisão, a inconstitucionalidade de uma proposição jurídica qualquer.

A construção de comunidades estatais, aspirantes a uma uniformização jurídica, não representa ameaça à constituição e ao direito constitucional, tão somente representando outra configuração no ininterrupto reajustar-se da juridicidade. Porque constituição não se esgota num documento, não há que se temer a extinção dessa manifestação imemorial da juridicidade. Todo o direito é constitucional e a constitucionalidade do direito está no seu existir em função da decidibilidade de conflitos, distinguindo-se as constituições das diferentes experiências jurídicas pela especificidade dos seus mecanismos decisórios, imaginados para a neutralização dos conflitos, cuja organização basilar tem-se, de forma constante, feito registrar em documentações solenes e formais, as quais, espera-se, funcionam como repositório daquilo que é eticamente desejável, por imaginar-se correto segundo supostamente generalizável medianidade de valorações, definindo, de maneira amplíssima, diretrizes às estruturas judicantes de cada época e circunscrição, mais ou menos extensa. Não deixará de ser constitucional o direito, sob pena de deixar de existir. Enquanto persistir a conflituosidade humana e se estiver às voltas com a necessária dissuasão das incontáveis pendengas, permanecerá constitutivamente constitucional o direito, determinando-se formas de organização e procedimentos destinados à realização plena da juridicidade, mediante a prolação de decisões vinculantes, o que ora fará em documentos rígidos, ora se deixará à entregue às momentâneas conformações políticas, numa constitucionalidade flexível.

O fenômeno jurídico se integra da obrigatoriedade da decisão mais variáveis. A teoria precisa para elas atentar, pois são essas variáveis aquelas que dão o tom da juridicidade de cada tempo, ainda que acidentais quando se pensa em termos de identificação da essência do direito. O que há de constitucional, juridicamente, à exceção dos mecanismos constitucionais, é algo que pertence à história. Durante relativamente largo lapso, a teoria do ordenamento jurídico serviu aos anseios por segurança e certeza, valendo-se da constituição como sustentáculo de suas construções, espécie de fio condutor a permitir uma orientação em meio à massa disforme de proposições jurídicas. Trata-se, não obstante, de solução relativa. A constituição não está no topo do sistema jurídico, cuja existência sequer se pode sustentar, de modo que a afirmação da superioridade das constituições não foi senão a grande sacada dos juristas de um determinado tempo ao problema da decidibilidade de conflitos: firmou-se-a no ápice não porque o direito seja assim, mas porque é preciso decidir. Não obstante, não se pode deixar seduzir pela tranqüilidade teórica, tendo chegado o momento de rever essas construções, talvez sendo o caso de se imaginar uma teoria do reordenamento jurídico, ou mais propriamente, do *desordenamento*, vez que direito é movimento, estruturando-se incessantemente de forma caótica e apresentando, portanto, como contingente. Ainda que não se possam prever os deslindes futuros dos arranjos da juridicidade, o jurista não pode dar às costas à realidade que se lhe apresenta, clamante essa por novas soluções, que somente serão alcançadas caso se abandone a forma viciada de se fazer as sempre mesmas perguntas.

Direito é fenômeno imiscuído na teia viva da sociedade e em desgarramento dela não se pode estudá-lo senão com recurso a mirabolantes lobricações. A acentuada interpenetrabilidade das diferentes parcelas da trama da sociabilidade da vivência humana, nesses tempos presentes, apenas realça a imprescindibilidade de se desvelarem os isolacionismos e de não se esquivar de observar diante de si a nudeza do direito, enquanto sinuosa realidade, cujo enigma da realização não se pode desvendar, resguardando-se permanentemente um núcleo de indizibilidade, impenetrável às palavras. Esse direito, ilimitadamente caótico, que vem sem saber para aonde vai e que se perfaz para noutro breve instante se desfazer, fundindo no seu momento conglobante, o da decisão jurídica, passado, presente e futuro, à medida que lida com relatos e engasta-se no agora procurando vincular, certo modo, experiências futuras, está aquém e além do *sistema* que nele se procura enxergar e, portanto, sistema não é: a perfeição

auto-funcional imune às interferências do entorno não lhe é alcançável e tampouco em seus estreitos limites pode ser contido.

Direito é constante ultrapassagem, um fenômeno ultrapassante. Aquele que dele quiser se ocupar há ter presente sua inapreensibilidade integral, nem sequer mediante recurso às mais sofisticadas teorias, num saber lidar com a perplexidade, isto é, com a irresolução que acomete o espírito quando confrontado com o indecifrável, pois ainda que não se possa alcançar uma correta decisão, inexistindo mesmo parâmetros para defini-la e que a experiência jurídica se faça cravejar por incertezas, uma inafastabilidade irá se impor, algo que se deixar de estar perante torna impensável o direito tal qual tem se realizado no transcurso da história, que não é outra coisa que *a inevitável decisão jurídica*.³²³

A argúcia da rede, em sua flexível adaptabilidade, maleável e plástica, expansível e desenclausurante, antes estruturação permanente que estrutura, possibilita pensá-lo (o direito) a fim de manejá-lo tendo em conta a sua concreta realização, ainda que permaneça desconhecida a completude da dinâmica de seu acontecer. O direito é nubiforme e não comporta a mecanicidade relojoeira das inclinações sistematizantes, portando-se similarmente às nuvens, que num momento conjuram um coração e noutro o despedaçam, transformando-se. È num instante adiante o direito de outrora sem sê-lo ele mesmo aquilo que se presenciou já ter sido. É labiríntico, lidando, simultaneamente, com a incerteza do passado e com a imponderabilidade do futuro, de maneira que juridicamente não é apenas difícil, embora necessário, chegar-se às respostas, como também se faz impossível reconstruí-las face à irrepetibilidade dos casos. O caminho dantes percorrido se refaz. O ter sido não assegura o será. *Direito é vindo-a-ser*, já não-*sendo* agora o que *foi* um dia e sem quaisquer garantias de que voltará a *sê-lo*.³²⁴

A vida do direito se resolve numa inexaurível trama de escolhas: decisões.

³²³ “(...) flexible droit, droit souple ayant la propriété de se laisser courber par les forces du changement social, capable d’emprunter des formes adaptées au contexte *sans perdre sa substance*. Du coup, il devenait légitime d’étudier le droit en train de se faire dans le milieu ambiant de la société, souvent à l’insu des juristes. Mieux encore, il fallait encourager certains juristes à sortir des bibliothèques de droit pour prendre la mesure des faits et forger ensuite le droit nouveau qui convienne.” BELLEY, Jean-Guy. Une métaphore chimique pour le droit. In: BELLEY, Jean-Guy (org). *Le droit soluble*. Contributions québécoises à l’étude de l’internormativité. Paris: L.G.D.F, 1996, pp. 7-20, p. 9.

³²⁴ “(...) o nada é também possível, pois o ter sido não se mostra como garantia de continuar a ser.” CASTANHEIRA NEVES. *O papel do jurista no seu tempo*, p. 84.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AARNIO, Aulis. Argumentation theory and beyond. Some remarks on the rationality of legal justification. *Rechtstheorie*, 14, 1983.
- AARNIO, Aulis. Derecho y acción. Reflexiones sobre las acciones jurídicas colectivas. IN: *Revista Jurídica Doxa*, n. 8, abril 1999.
- AARNIO, Aulis. La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico. *Revista jurídica Doxa*. N. 8, 1990, pp. 23-38.
- AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano*. Fundamentos de direito constitucional. Tradução de Mauro raposo. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- ACKERMAN, Bruce. Un neofederalismo? In: ELSTER, Jon e SLAGSTAD, Rune. *Constitucionalismo y democracia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1999, pp. 196-216.
- ALCHOURRÓN, Carlos E. e BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Alicante : Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2000.
- ALEXY, Robert. Juristische Interpretation. In: ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs*. Studien zur Rechtsphilosophie. Frankfurt: Suhrkamp, 1995, pp. 71-92.
- ALEXY, Robert. Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral. Tradução de P. Larrañaga. In: ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. México: Fontamara, 1993.
- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. V.1. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- AMSELEK, Paul. L'interprétation à tort et à travers. In: AMSELEK, Paul (org). *Intérpretation e droit*. Bruxelles: Presses Universitaires d'aix Marseilles, 1995, pp. 11-25.
- AMSELEK, Paul. Les fondements ontologiques de la théorétique juridique. *Archives de philosophie du droit*. T. 29, 1984.
- AMSELEK, Paul. Réflexions critiques autour de la conception kelsénienne de l'ordre juridique. *Revue de droit public et de la science politique en france e à l'étranger*. N. 1, Jan./Fev., 1978, pp. 5-20.

ARISTÓTELES. *The athenian constitution*. Tradução de Sir. Frederic G. Kanyon. Disponível em: http://classics.mit.edu/Aristotle/athenian_const.html. Acessado em julho de 2007.

ARONNE, Ricardo. *Direito civil-constitucional e teoria do caos*. Estudos preliminares. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ASCARELLI, Túlio. Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione. In: ASCARELLI, Tulio. *Problemi giuridici*. Milano> Giuffrè, 1959, pp. 139-152.

ASCARELLI, Tulio. In tema di interpretazione ed applicazione della legge. (letera al pro. Carnelutti). In: ASCARELLI, Tulio. *Problemi giuridici*. T. 1. Milão: Giuffrè, 1959.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito. Introdução e teoria geral*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

AVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 4 ed., São Paulo: Malheiros: 2005.

BAKIS, Henry. *Les réseaux et leurs enjeux sociaux*. Paris: PUF, 1993.

BALLWEG, Ottmar. La riotnalité prudentielle. *Archives de philosophie du droit*. Tome. 23, 1982.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*, 2 ed, Rio de Janeiro: Forense, 1979.

BARBERIS, Manuel. Conjuntos y sistemas. *Una objeción a Alchourrón y Bulygin*. *Revista Doxa*, n. 20, 1997, pp. 23-57.

BARRETO, Tobias. Idéia de Direito. In: MERCADANTE, Paulo e PAIM, Antonio. *Obras completas de Tobias Barreto*. V. 1. Aracajú: Editora Record, 1991.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Limites e possibilidades da constituição brasileira. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Verbete: Constituição. In: *Dicionário de filosofia do direito*.

BARRETO, Vicente de Paula (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BECK, Ulrich. *Risikogesellschaft*. Auf dem Weg in eine andere Moderne. Frankfurt: Suhrkamp, 1986.

BELLEY, Jean-Guy (org). *Le droit soluble*. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité. Paris: L.G.D.F, 1996, pp. 7-20.

BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e constituição: poder constituinte, estado de exceção e os limites da teoria consitucional*, Tese apresentada ao concurso de prossero titular

junto ao departamento de direito do estado – área de direito constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2005.

BERGER, Peter L. e BERGER, Brigitte. O que é uma instituição social? In: FORACCHI, M. M. E Martins, J. S. *Sociologia e Sociedade (leituras de introdução à Sociologia)*. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos, 1997.

BOBBIO, Norberto. Fritz Sander. *Rivista internazionale di filosofia del diritto*. 1940, pp. 176-179.

BOBBIO, Norberto. La certeza del diritto és un mito? *Rivista internazionale di filosofia del diritto*. Ano XXVIII, serie III, jan/mar. 1951, pp. 146-152.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista. Bauru: Edipro, 2003.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10 ed. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editor UnB, 1999.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Notas sobre el concepto de <<cambio constitucional>>. In: BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estúdios sobre el estado de derecho y la democracia*. Madrid: Editorial Trotta, 2000, pp. 181-196.

BOHANNAN, Paul. *Justice and judgment among the Tiv*. Londres: Oxford University Press, 1957.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONFANTE, Pietro. *Historia del Derecho Romano*. V. I. Tradução para o espanhol de Jose Santa Cruz Teijeiro. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1944.

BORGES, Jorge Luis. *O livro de areia*. São Paulo: Editora Globo, 2001.

BÜLOW, Oskar von. *Gesetz und richteramt*. Leipzig: Verlag Duncker und Humboldt, 1885.

BULYGIN, Eugenio. Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos. *Revista Doxa*. n. 9, 1991, pp. 257-279.

BULYGIN, Eugénio. Alexy y el argumento de la corrección. In: ALEXY, Robert e BULYGIN. *La pretensión de corrección del derecho*. Tradução de Paula Gaido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2001, pp. 41-52.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3 ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5 ed. Coimbra: Almedina, 1991.

- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: SAFE, 1993.
- CAPRA, Fritjof. *A teia da vida*. Uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. Tradução de Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Editora Cultrix, 1996.
- CARBONELL, Miguel. Nuevos tiempos para el constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (org). *Neoconstitucionalismos*, Madrid: Trotta, 2003.
- CARBONNIER, Jean. L'hypothèse du non-droit. *Archives de philosophie du droit*, n. 8, 1963, pp. 55-74.
- CARBONNIER, Jean. Les phénomènes d'internormativité. In: CARBONNIER, Jean. *Essais sur les lois*. Paris: Répertoire du notariat Defrénois, 1979.
- CARBONNIER, Jean. *Flexible droit*. Pour une sociologie du droit sans rigueur. 7 ed. Paris: Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, 1992.
- CARCOVA, Carlos Maria. Acerca de las funciones del derecho. In: MARI, Enrique E. et al. *Materiales para una teoría crítica del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1991
- CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958.
- CARNELUTTI, Francesco. La certezza del diritto. In: OÑATE, Flavio Lopez de. *La certezza del diritto*. Milão: Giuffrè, 1968.
- CARNELUTTI, Francesco. *Lección sobre el proceso penal*. v. III. Buenos Aires: Bosch, 1950.
- CARRÉ DE MALBERG. *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1933.
- CARRÉ DE MALBERG. *La Loi*. Expression de la volonté général. Paris: Sirey, 1931.
- CARRÉ DE MALBERG. *Teoría general del estado*. Tradução de José Lion Depetre. México: Fondo de cultura econômica, 1963.
- CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. A era da informação: economia, sociedade e cultura. V. 1. Tradução de Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- CASTRO, Osvaldo de. *Obrigatoriedade da decisão jurídica*. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2007.
- CASTRO, Rosalía de. Vaguedás. 2. In: CASTRO, Rosalía de. *Follas novas*.
- CHARDIN, Teilhard de. *O fenômeno humano*. Tradução de José Luiz Archanjo. São Paulo: Cultrix, 2006.
- CINTRA, Antonio Carlos Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 20 ed. São Paulo, Malheiros, 2004.

- CLAVERO, Bartolomé. Constitución europea y historia constitucional: el rapto de los poderes. *Revista Electrónica de Historia Constitucional* Número 6 - Septiembre 2005, parágrafo 5.
- CLÉVE, Clemerson. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade*. 2 ed. São Paulo: RT, 1999.
- CORREAS, Oscar. *Alternatividad e derecho: el derecho alternativo frente a la teoría del derecho*, IN: *Crítica Jurídica*, México, n. 13, p.51-64.
- CORTAZAR, Julio. *Las armas secretas*. 1959.
- CORTÁZAR, Júlio. Que tal López. IN: CORTÁZAR, Júlio. *Historias de cronopios y de famas*. 1 reimp. Buenos Aires: Suma de Letras, 2004.
- COSSIO, Carlos. *El derecho en el derecho judicial*. Buenos Aires: Guillermo Kraft Ltda, 1944.
- COSSIO, Carlos. *La plenitud del ordenamiento jurídico*. 2ª edición. Buenos Aires: Losada, 1947.
- CRUZ, Guilherme Braga da. *Obras esparsas*. Estudos de história do direito antigo. 1ª parte. V. 1. Coimbra: Acta Universitatis Conimbricensis, 1979.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. *A constiuição viva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. *Filosofia do direito*. Coimbra: Almedina, 2004.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. *Memória, método e direito*. Iniciação à metodologia jurídica. Coimbra: Almedina, 2004.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. Direito à informação ou deveres de proteção informativa do Estado? In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais, informática e comunicação*. Algumas aproximações. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp. 155-178.
- DAHRENDORF, Ralf. *Ueber Gestalt und Bedeutung des Rechts in der modernen Gesellschaft*. *Hamburguer Jahrbuch für Wirtschaft – und Gesellschaftspolitik*. Ano 7, 1962.
- DAVID, René. Le dépassement du droit et les systèmes de droit contemporains. *Archives de philosophie du droit*, n. 8, 1964, pp. 3-20.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DEL VECCHIO, Giorgio. El 'homo juridicus' y la insuficiencia del derecho como regla de la vida. In: DEL VECCHIO, Giorgio. *Derecho y vida*. Tradução de Estaquio Galán y Gutiérrez. Barcelona: BOSCH, 1942, pp. 69-98.

DESCARTES, René. *Discurso sobre o método*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DINIZ, Arthur José Almeida. O direito como magia. *Revista Forense*, vol. 313, pp. 21-31

DUARTE, Écio Ramos e POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*. As faces da teoria do direito em temas de interpretação moral da constituição. São Paulo: Landy, 2006.

DURKHEIM, Émile. *Regras do método sociológico*. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2004.

DUSSEL, Enrique. 1492: *O encobrimento do outro*. Tradução de Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 1993.

DUSSEL, Enrique. *Hacia una filosofía política crítica*. Bilbao: Editorial Desclée de Brouwer, 2001.

DWORKIN, Ronald. Is law a system of rules? In: DWORKIN, Ronald (org). *The philosophy of law*. New York: Oxford University Press: 1977.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EHRLICH, Eugen. *Fundamentos da Sociologia do Direito*. trad. de René Ernani Gertz. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986.

ENNECERUS, Ludwig. *Derecho Civil: Parte general*. 13 ed. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1951.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FERRAJOLLI, Luigi. Positivismo crítico, derechos y democracia. *Revista Isonomia*, n. 16, 2002, pp. 6-20.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003

FEYERABEND, Paul. *Contra o método*. Tradução de Cezar Augusto Mortari. São Paulo: UNESP, 2007.

FIGUEIREDO DIAS. *Direito processual penal*. v. 1. Coimbra: Coimbra Editorial LTDA, 1974.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución*. De la antigüedad a nuestros días. Tradução de Manuel Martínez Meira. Bologna: Editorial Trotta, 2001.

- FRANK, Jerome. *Derecho e incertidumbre*. 2 ed. Buenos Aires: Fontamar, 1993.
- FRANK, Jerome. *Law and modern mind*. New York: Brentano's, 1930.
- FREITAS, Juarez. A melhor interpretação constitucional “versus” a única resposta correta. In: Virígilio Afonso da Silva (org). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 317-356.
- FREITAS, Juarez. *As grandes linhas da filosofia do direito*. 3 ed. Caxias do Sul: EDUCS, 1993.
- FRIEDMAN, Thomas L. Tradução de Cristina Serra S. Duarte. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 6 ed. Petrópolis: Vozes, 1997.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. Madrid: Civitas, 1985, pp. 49-50.
- GAUDEMET, Jean. Tentatives de systématisation du droit à Rome. *Archives de philosophie du droit*. Tome 31, 1986, pp. 11-28.
- GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 4.º edição. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2003.
- GIOFFREDI, Carlo. *Contributi allo studio del processo civile romano: note critiche e spunti ricostruttivi*. Milano: Giuffrè, 1947.
- GÖDEL, Kurt. *On formally undecidable propositions of principia*. Dover Science, 1992.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GROSSI, PAOLO. *Mitologias jurídicas da modernidade*. 2 ed. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.
- GROSSI, Paolo. *Primeira lição sobre direito*. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Editora Forense: 2006.
- GROUPE STÉPHANOIS DE RECHERCHES. Les mutations des formes du droit. *Procès* n. 9.
- GRZEGORCZYK, Christophe et STUDNICKI, Thomasz. Les rapports entre la norme et la disposition légale. *Archives de philosophie du droit*. T. 19, 1974, pp. 243-256.
- GRZEGORCZYK, Cristophe. La rationalité de la décision juridique. *Archives de philosophie du droit*. T. 23, 1978, pp. 237-256.

- GUASTINI, Ricardo. *Das fontes às normas*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- GUASTINI, Ricardo. *Il giudice e la legge. Lezioni di diritto costituzionale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1995.
- GUASTINI, Ricardo. *Interprétation et description de normes*. In: AMSELEK, Paul (coord.). *Interprétation et droit*. Bruxelles: Presses universitaires d'aix-marseille, 1995.
- HABA, Enrique P. *Précompréhension, rationalidad y métodos, en las resoluciones judiciales*. *Revista jurídica Doxa*, n. 22, 1999, pp. 48-78.
- HABA, Enrique P. *Sciences du droit – quelle <<science>>? Le droit en tant que science: une question de méthodes*. *Archives de philosophie du droit*. Tome 36, 1991, pp. 165-187.
- HABA, Enrique P. *Uma discusión: quiénes son los <<irracionalistas>> en la teoría del derecho? (Por qué algunos no confiamos en que sean tan <<racionales>>, ni <<razonables>>, los enfoques hoy dominantes en esa Teoría)*. *Doxa*, n. 19, 1996, pp. 385-402.
- HABA, Enrique Pedro. *Metodología jurídica irreverente*. Elementos de profilaxis para encarar los discursos jurídicos terrenales. Madrid: Dykinson, 2006.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: SAFE, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico*. Brasília: Tempo brasileiro, 1990.
- HAND, Learned. *The deficiencies of trials to reach the heart of the matter*. In: *3 lectures on legal topics*, 1926, pp. 89-105.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. *Positivism and separation of law and morals*. In: DWORKIN, Ronald. *The philosophy of law*. New York: Oxford University Press: 1977, pp. 17-37.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. *Post scriptum al concepto de derecho*. Trad. R. Tamayo e Salmoran (eds.). Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.
- HAWKING, Stephen. *A brief history of time*. From the Big Bang to Black Holes. Toronto, 1988.
- HAWKING, Stephen. *O universo numa casca de noz*. São Paulo: Mandarin, 2001.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis: Vozes, 2006.
- HELLER, Herman. *Teoria del Estado*. México: Fondo de cultura economica, 1947.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris. 1991.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da república federal da alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: SAFE, 1998.

HESSE, Konrad. La interpretación constitucional. In: HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. 2 ed. Tradução de Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

HOLMES, Oliver Wendell. The path of Law. *Harvard Law Review*. Vol. X. Cambridge, Mass: The Harvard Law Review Publishing Association, 1897.

HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, Jon e SLAGSTAD, Rune. *Constitucionalismo y democracia*. México: Fondo de cultura econômico, 1999, pp. 217-262.

IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002.

IHERING, Rudolf Von. *O espírito do direito romano*. Nas diversas fases do seu desenvolvimento. Tradução de Rafael Benaion. V. 1. Rio de Janeiro: Calvino Filho Editor, 1934.

IRTI, Natalino. *Geo-direito*. Tradução de Alfredo Copetti Neto e Alfredo Karam Trindade. 10 p. (mimeo).

IRTI, Natalino. Geo-diritto. *Rivista Internazionale de Filosofia del Diritto*. 2001, I, pp. 461-469.

IRTI, Natalino. Nihilismo e método jurídico. *Revista trimestral de direito civil*. vol 15, jul/set 2003, pp. 133-143.

IZAGA, P. Luis. *Elementos de Derecho Político*. 2 ed. Tomo I. Barcelona: BOSCH, 1952

JELLINEK, G. *Reforma y mutación de la constitución*. Tradução de Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

JELLINEK, Georg. *Teoría general del estado*. 2 ed. Tradução de Fernando de los Rios Urruti. México: Compania Editorial Continental, 1958.

KALINOWSKI, Georges. L'interpretation du droit: ses règles juridiques et logiques. *Archives de philosophie du droit*. T. 30, 1985, pp. 171-180.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. 5 ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 2001.

- KASER, Max. *Direito Privado Romano*. Tradução de Maria Armanda de Saint-Maurice. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian: Lisboa, 1999.
- KAUFMANN, Felix. *Die Kriterien des Rechts*. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1924.
- KELSEN, Hans. *Allgemeine Staatslehre*. Berlin: Julius Springer, 1925.
- KELSEN, Hans. *Allgemeine theorie der normen*. Viena: Manzsche Verlags – und Universitätsbuchhandlung, 1979.
- KELSEN, Hans. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*. Entwickelt aus der lehre vom rechtssatze. 2 ed. Tübingen: Scientia Verlag Aalen, 1984.
- KELSEN, Hans. KELSEN (28.7.1965). In: KELSEN, Hans e KLUG, Ulrich. *Normas jurídicas e análise lógica*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, pp. 88-93.
- KELSEN, Hans. *La giustizia costituzionale*. A cura di Carmelo Geraci. Milão: Giuffrè Editore, 1981, pp. 143-206.
- KELSEN, Hans. *O estado como integração*. Um confronto de princípios. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KELSEN, Hans. *Quién deve ser el defensor de la constitución?* Tradução de Roberto J. BRIE. Madri: Tecnos, 1995.
- KELSEN, Hans. Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischen Verfassung. *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1914, pp. 202-245.
- KELSEN, Hans. *Sociedad y naturaleza*. Una investigación sociológica. Tradução de Jaime Perriau. Buenos Aires: Dpalma, 1945.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- KIERULFF, Johann Friedrich Martin. *Theorie des Gemeinen Civilrechts*. Band 1. Altona, 1839.
- KIRCHMANN, Julius Hermann von. *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*. Heidelberg: Manutius Verlag, 1988.
- KLINGHOFFER, Hans. A teoria geral do direito administrativo de Adolf Merkl. *Revista Forense*, v. XC, ano XXXIX, fascículo 466, abril de 1942, pp. 632-638.
- KLINGHOFFER, Hans. As funções do estado na teoria de Kelsen e Merkl. *Revista Forense*, vol. CXXVII, ano XLVII, fascículo 559, janeiro de 1950, pp. 360-365.

KOJÈVE, Alexandre. *Ésquisse d'une phénoménologie du droit*. [s.l.]. Éditions Gallimard, 1981.

KRAWIETZ, Werner. Direito e racionalidade na moderna teoria do direito. Tradução de Sérgio Cadermatori e José Luiz Bolzan de Moraes. *Revista Seqüência Jurídica*. ano 15, n. 28, junho de 1994, pp. 30-44.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das Revoluções Científicas*. 8.^a edição revista. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2003.

KUMAR, Krishan. *Da sociedade pós-industrial a pós-moderna*. Jorge Zahar Editor, 1998.

KÜNG, Hans. *O princípio de todas as coisas*. Tradução de Carlos Almeida Pereira. Petrópolis: Editora Vozes, 2007.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. Rio de Janeiro: Liberjuris, 1985.

Le dépassement du droit. *Archives de philosophie du droit*. Paris: Sirey, 1963.

LE ROY, Etienne. Les représentations d'espace et la structure 'atomique' du réseau dans les pratiques de la transmodernité. *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*. N. 49, 2002, pp. 49-66.

LEITE SAMPAIO, José Adércio. *A constituição reinventada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

LÉVI-BRUHL, Henry. *La denegatio actionis sous la procédure formulaire*. Lille, 1924.

LIPOVETSKY, Gilles. *Tempos hipermodernos*. Tradução: Mário Vilela. Barcarola, SP, 2004.

LOSANO, Mario G. Introdução. In: KELSEN, Hans. *O problema da Justiça*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. VII-XXIII.

LOSANO, Mario G. *La nozione di sistema giuridico in Hans Kelsen*. Milão: Cuesp, 1998.

LOSANO, Mario G. Modelos teóricos, inclusive na prática: da pirâmide à rede. Novos paradigmas nas relações entre direitos nacionais e normativas supraestatais. *Revista do Instituto dos Advogados*. Nova Série, v.8, n.16, p.264-284, jul./dez., 2005.

LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LOSANO, Mario G. *Sistema e struttura nel diritto*. vol. 1: dalle origini alla scuola storica. Milano: Giuffrè, 2002, XXIX-373 pp; vol. 2: *Il Novecento*, XVIII-311 pp.; vol. 3: *Dal Novecento alla postmodernità*, XVIII-371 pp.

LOSANO, Mario G. *Teoria pura del derecho*. Evolucion y puntos cruciales. Tradução de Jorge Guerrero R. Santa fé de Bogotá: Editorial Temis, 1992.

LOEWENSTEIN, Kral. *Teoria de la constitución*. 2 ed. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1983.

LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. *Revista da Ajuris*. ano XVII, julho de 1990, pp. 149-168.

LUHMANN, Niklas. L'unité du système juridique. *Archives de philosophie du droit*. Tome 31, 1986, pp. 163-188.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: UnB, 1980.

LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. 5 ed. Tradução de Ricardo Correa Barbosa. Rio de Janeiro: José Olympio, 1998.

MACHADO, Luiz Alberto. *Direito Criminal*. parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

MAISTRE, Joseph. *Ensayo sobre el principio generador de las constituciones políticas*. Buenos Aires: Dictio, 1980,

MALISKA, Marcos Augusto. *Estado e século XXI: a integração supranacional sob a ótica do direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MAYER, Heinz. Die Theorie des rechtlichen Stufenbaues. In: *Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre*. WALTER, Robert (org). Wien: Manzsche Verlags – und Universitätsbuchhandlung, 1992, pp. 37-46.

MERKL, Adolf. Prolegomeni alla costruzione a gradi del diritto. In: MERKL, Adolf. *Il dúplice volto del diritto*. A cura di Carmelo Geraci. Milão: Giuffrè Editore, 1987, pp. 1-66.

MERKL, Adolf. *Teoria General der Derecho Administrativo*. México: Editora Nacional [S.D].

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *Do espírito das leis*. Tradução de Christina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORESO, José Juan. *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*. Madrid Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

MÜLLER, Friedrich e CHRISTENSEN, Ralph. *Juristische Methodik*, 2 neu bearb. und stark erw. Aufl. Band I: Europarecht. 2006.

MÜLLER, Friedrich. *Direito, linguagem, violência*. Elementos de uma teoria constitucional, I. Tradução de Peter Naumann. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris. 1995.

MÜLLER, Friedrich. *Discours de la méthode juridique*. Tradução de Olivier Jouanjan. Paris: PUF, 1996.

- MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho em direito constitucional*. 3 ed. Tradução de Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- NAWIASKY, Hans. *Teoria general del derecho*. Tradução de José Zafra Valverde. Madrid: Ediciones Rialp, 1962.
- NEVES, A. Castanheira. *Metodologia jurídica*. Problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra editora, 1993.
- NEVES, A. Castanheira. O papel do jurista no seu tempo. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*. Vol. XLIV, 1968.
- OST, François e KERCHOVE, Michel van de. Interprétation. *Archives de philosophie du droit*. T. 35, 1990, pp. 165-190.
- OST, François et KERCHOVE, Michel van de OST, François et KERCHOVE, Michel van de. *Le systeme juridique*. Entre ordre et desordre. Paris: PUF, 1988.
- OST, François et KERCHOVE, Michel van de. *De la pyramide au réseau ? Vers un nouveau mode de production du droit ?* Introduction. pp. 26-27. Disponível em : <http://www.dhdi.free.fr/recherches/theoriedroit/articles/ostvdkpyram.htm>. Acessado em setembro de 2006.
- OST, François et KERKOVE, Michel van de. Le <<jeu>> de l'interprétation en droit: Contribution à l'étude de la clôture du langage juridique. *Archives de philosophie du droit*. T. 27, 1982, pp. 395-410.
- OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. *Revista Doxa*, n 14, 1983.
- OST, François. *O tempo do direito*. Florianópolis: Edusc, 1999.
- PATRONO, Mario. Presentazione. In: MERKL, Adolf. *Il dúplice volto del diritto*, pp. I-LX.
- PECES-BARBA, Gregório. *La constitución y los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2006.
- PERELMAN, Chaim. À propos de la règle du droit. Réflexions de méthode. In: PERELMAN, Chaim. *La règle de droit*. Bruxelas: Études publiés par Chaim Perelman, 1971.
- PERELMAN, Chaim. Raisonnable et déraisonnable en droit. *Archives de philosophie du droit*. Tome 23, 1978, pp. 35-42.
- PÉREZ LUÑO, Enrique Antonio. Las libertads em la era de internet. In: Vários autores. *El derecho en red*. Estudos em Homenaje al profesor Mario G. Losano. Madrid: Editorial Dykinson, 2006, pp. 365-400,.

PÉREZ LUÑO, Enrique. Los principios generales del derecho: un mito jurídico? *Revista de estudos políticos*. N. 98, Out./dez de 1997, pp. 9-24.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Constitucionalismo y positivismo*. 2 ed. México: Fontamara, 1999.

PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas*. Tempo, caos e as leis da natureza. São Paulo: UNESP, 1996.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RAÓ, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 4 ed. São Paulo: RT, 1997.

REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito*. Para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROMANO, Santi. Le prime carte costituzionali. In: *Lo stato moderno e la sua crisi*. Saggi di diritto costituzionali. Milão: Giuffrè, 1969.

ROSSETTI, Andrea. Gödel in deontica: l'applicabilità del teorema di Gödel al giuridico. *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, LXXVI, n. 3, 1999, pp. 417-453.

SALAS, Minor. *El mito sobre la racionalidade del Derecho constituye, por lo tanto, um elemento ineludible de toda cultura?" Qué significa fundamentar una sentencia? O del arte de redactar fallos judiciales sin engañarse a si mismo y a la comunidad jurídica. (mimeo)*, pp. 1-18.

SALDANHA, Nelson. *Formação da teoria constitucional*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SANDER, Fritz. *Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung ? Kritische Studie zur Rechtslehre Hans Kelsens*. Wien : Leipzig : Franz Deuticke, 1921.

SANDER, Fritz. *Verfassungsurkunde und Verfassungszustand der tschechoslowakischen republik*. Brünn – Prag – Leipzig – Wien: Verlag Rudolf M. Rohrer, 1935.

SANDER, Fritz. Zur Methodik der Rechtswissenschaft. *Kant Studien*. Band 28, 1923. p. 283-310.

SANDER, Fritz. Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung. In: SANDER, Fritz und KELSEN, Hans. *Die Rolle des Neukantianismus in der Reinen Rechtslehre*. Eine Debatte zwischen Sander und Kelsen. PAULSON, Stanley L. (org). Scientia Verlag Aalen, 1988, pp. 41-73.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. *Revista de Direito do Estado*. Ano 1, n. 2, abr/jun., 2006, pp. 83-118.

- SCHMITT, Carl. *Le nomos de la terre - dans le droit des gens du Jus publicum europaeum*. Paris: PUF, 2001.
- SCHMITT, Carl. *O guardião da constituição*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- SCHMITT, Carl. *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*. 2 ed. Berlin: Duncker & Humboldt, 1993.
- SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre*. Neunte Auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 2003.
- SCHREIER, Fritz. *Grundbegriffe und Grundformen des Rechts*. Entwurf einer phänomenologisch begründeten formalen Rechts – und Staatslehre. Leipzig und Wien: FRANZ DEUTICKE, 1924.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. Tese apresentada para o concurso de provas e títulos para o provimento do cargo de Professor Titular, junto ao Departamento de Direito do Estado – área de direito constitucional – na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2005
- SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras. Mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista latino-americana de estudos constitucionais*. N. I, jan./jun. 2003, pp. 607-629.
- SMEND, Rudolf. *Constitución y derecho constitucional*. Tradução de José Beneyto Pérez. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.
- STARCK, Christian. *La constitution*. Cadre e mesure du droit. Paris: Ed. Economica, 1994.
- STEVENS, John Paul. Judicial Restraint. *San Diego Law Review*. v. 22, maio/junho, 1985.
- SUNSTEIN, Cass R. *Infotopia*. How many minds produce knowledge. New York: Oxford University Press, 2006.
- SURGIK, Aloísio. *Lineamentos do processo civil romano*. Curitiba: Livro é cultura, 1990,
- TARELLO, Giovanni. *L'interpretazione della Lege*. Milano, Giuffrè, 1980.
- TIZZANO, Antonio. Il ruolo del giudici comunitário nel processo di integrazione europea. In: *La Costituzione Europea tra Stati nazionali e globalizzazione*. Encontro promovido pelo Istituto dell'Enciclopedia Italiana, junho de 2003.

- TRIBE, Laurence e DORF, Michael. *Hermenêutica constitucional*. Tradução de Amarílis de Souza Birchall. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- TROPER, Michel. La pyramide est toujours debout! Réponse a Paul Amselek. *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*. n. 6, Nov./dez., 1978, pp. 1523-1536.
- VANDERLINDEN, Jacques. Les transferts de droit ou la double illusion. *Bulletin de liaison du LAJP*. N. 5, 1983, , pp. 122-131.
- VANDERLINDEN, Jacques. Réseaux, pyramide et pluralisme ou regards sur l'ar rencontre de deux aspirants-paradigmes de la science juridique. *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*. n. 49, 2002, pp. 11-36.
- VAZ, Henrique Cláudio de Lima. *Ética e direito*. São Paulo: Landy, 2002.
- VEDEL, G. Indéfinissable mais présent. In: Définir le droit, t. 2. *Droits*, n. 11, 1990, pp. 67 e ss.
- VELLUZZI, Vito. Interpretación sistemática: un concepto realmente útil? *Revista Doxa*, n. 21, 1998.
- VERDROSS, Alfred. A sistemática articulação do direito e da moral. *Revista Forense*. vol. CXXXVII, ano XLVIII, fascículo 579, setembro de 1951, pp. 325-330.
- VERDÚ, Pablo Lucas e DE LA CUEVA, Pablo Lucas Murillo. *Manual del derecho político*. 3 ed. V. 1. Madrid: Tecnos, 1994.
- VERNENGO, José. Il y a-t-il un système du droit. *Archives de philosophie du droit*. T. 36, 1991, pp. 254-264.
- VERNENGO, Roberto Jose. *La interpretación jurídica*. México: UNAM, 1977.
- VILLEY, Michel. De la dialectique comme art de dialogue et sur ses relations au droit. *Archives de philosophie du droit*. Tome 27, 1982, pp. 263-272.
- VILLEY, Michel. *Direito romano*. Tradução de Fernando Couto. [S.L]: Editora Res, [S.D]
- VILLEY, Michel. *Formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- WALTER, Robert. *La Estructura del orden jurídico*. Bogotá: Editorial TEMIS Libreria, 1984.
- WARAT, Luiz Alberto. Senso comum teórico: as vozes incógnitas das verdades jurídicas. In: WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao Direito*, vol. I. Sérgio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1994.

WEYR, Franz. Zum Problem eines einheitlichen Rechts-systems. *Archiv für offtenliches Recht*. Band 23, Heft 4, 1908, pp. 529-580.

WOODMAN, Gordon. Observations sur les limites de la métaphore. *Révue interdisciplinaire d'études juridiques*. N. 49, 2002, pp. 37-48.